

Université Panthéon-Assas

école doctorale de droit privé

Thèse de doctorat en droit
soutenue le 7 décembre 2015

Les libéralités à caractère collectif



Université Panthéon-Assas

Julien BOISSON

Sous la direction de Monsieur Michel GRIMALDI, professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Rapporteurs :

Madame Sophie GAUDEMET, professeur à l'Université Paris-Sud (Paris XI)

Monsieur Bernard VAREILLE, professeur à l'Université de Limoges

Membres du jury :

Monsieur Didier GUÉVEL, professeur à l'Université Paris-Nord (Paris XIII)

Monsieur Laurent LEVENEUR, professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Mes premières pensées s'adressent tout naturellement à mon directeur de thèse, Monsieur le professeur Michel GRIMALDI, pour sa confiance dans mon travail de recherche, son soutien et ses constants conseils, sans lesquels ce travail n'aurait pas été possible.

Mes remerciements s'adressent encore aux membres du jury, qui me font l'honneur de bien vouloir discuter de mon travail.

Je tiens également à remercier Monsieur Patrick AUDEBERT, du ministère de l'Intérieur, Monsieur Godefroy LISSANDRE, de la Préfecture de Paris, ainsi que Madame Isabelle COMBES et Monsieur Laurent MAZEYRIÉ, de la Fondation de France, qui m'ont permis de mesurer le rôle des praticiens en matière de libéralités à caractère collectif.

Enfin, je tiens à remercier ma famille et mes amis qui, de près ou de loin, chacun à sa manière, ont permis l'achèvement de cette thèse.

Œuvre en principe individuelle et solitaire, cette thèse se nourrit, en réalité, des discussions tenues avec les uns, des réflexions et suggestions des autres, sans compter les précieux apports de mes relecteurs ; cette thèse est, finalement, une œuvre collective.

Individuel ou collectif tel peut être le caractère d'une libéralité.

Résumé :

La libéralité à caractère collectif est destinée à la collectivité ou à un groupe de personnes. Elle est au service d'une œuvre, d'une cause. Profitant à des personnes physiques indéterminées et non individualisées, elle ne peut être réalisée directement. Pour atteindre son but, elle fait intervenir une personne juridique, le plus souvent une personne morale de droit public ou de droit privé à but non lucratif. Par le truchement de la personne morale, la libéralité profite aux bénéficiaires de l'œuvre du groupement : du cercle de ses membres à un groupe de personnes, voire à la collectivité tout entière. Les mécanismes permettant de réaliser une libéralité à caractère collectif sont divers et pour certains la qualification libérale leur est refusée. Ils peuvent être regroupés en deux catégories selon le rôle joué par le bienfaiteur : une fondation, si l'œuvre est initiée par lui ; une libéralité-participation, si le bienfaiteur vient soutenir une œuvre déjà existante. À l'image des mécanismes, les techniques employées sont variées que l'acte repose sur une simple libéralité avec charge ou de façon plus originale sur une fiducie aux fins de libéralité ou un engagement unilatéral de volonté. Malgré cette diversité, des caractères communs transcendent la catégorie des libéralités à caractère collectif : elles sont affectées et intéressées. La notion de libéralité à caractère collectif délimitée, il est alors possible de mettre un peu d'ordre dans les règles qui s'y appliquent. À l'heure actuelle, celles-ci sont tout à la fois éparpillées, lacunaires et inopportunes. Le régime des libéralités à caractère collectif doit donc être repensé en tenant compte de leurs spécificités.

Mots-clés : Gratuité – Libéralité – Dons et legs – Collectivité des bénéficiaires – Personnalité morale – Fondation – Libéralité avec charge – Fiducie aux fins de libéralité – Mécénat – Philanthropie – Parrainage – Subventions – Libéralité privée – Libéralité publique – Intérêt – Intérêt collectif – Intérêt général – Intérêt catégoriel – Affectation – Charges – Révocation – Capacité – Spécialité – Réserve héréditaire – Fiscalité du mécénat.

Principales abréviations

| | |
|--|--|
| <i>Actes prat. et stratég. patrim.</i> | : Actes pratiques et Stratégie patrimoniale |
| <i>adde</i> | : ajouter |
| <i>AJ famille</i> | : Actualité juridique Famille |
| <i>AJDA</i> | : Actualité juridique de droit administratif |
| <i>al.</i> | : alinéa |
| <i>AN</i> | : Assemblée nationale |
| <i>anc.</i> | : ancien |
| <i>art.</i> | : article |
| <i>Ass.</i> | : Assemblée |
| <i>Ass. plén.</i> | : Assemblée plénière de la Cour de cassation |
| <i>BGB</i> | : <i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (Code civil allemand) |
| <i>BMIS</i> | : Bulletin mensuel d'information des sociétés |
| <i>BOI</i> | : Bulletin officiel des impôts |
| <i>Bofip</i> | : Bulletin officiel des Finances publiques-Impôts |
| <i>Bull. ass. plén.</i> | : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Assemblée plénière) |
| <i>Bull. civ.</i> | : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Chambres civiles) |
| <i>Bull. crim.</i> | : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Chambre criminelle) |
| <i>Bull. mixte</i> | : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Chambre mixte) |
| <i>Bull. Joly Bourse</i> | : Bulletin Joly Bourse et produits financiers |
| <i>Bull. Joly Sociétés</i> | : Bulletin Joly Sociétés |
| <i>C. ass.</i> | : Code des assurances |
| <i>C. civ.</i> | : Code civil |
| <i>C. civ. loc.</i> | : Code civil local |
| <i>C. com.</i> | : Code de commerce |
| <i>C. comptes</i> | : Cour des comptes |
| <i>C. dom. Ét.</i> | : Code du domaine de l'État |
| <i>C. patr.</i> | : Code du patrimoine |
| <i>C. éduc.</i> | : Code de l'éducation |
| <i>C. jur. fin.</i> | : Code des juridictions financières |
| <i>C. marchés publ.</i> | : Code des marchés publics |
| <i>C. mon. fin.</i> | : Code monétaire et financier |
| <i>C. pén.</i> | : Code pénal |
| <i>C. propr. intell.</i> | : Code de la propriété intellectuelle |
| <i>C. rech.</i> | : Code de la recherche |
| <i>C. santé publ.</i> | : Code de la santé publique |
| <i>C. trav.</i> | : Code du travail |
| <i>CA</i> | : arrêt de la Cour d'appel |
| <i>CAA</i> | : arrêt de la Cour administrative d'appel |
| <i>Cah. dr. sport</i> | : Cahiers de droit du sport |
| <i>CASF</i> | : Code de l'action sociale et des familles |
| <i>CE</i> | : Conseil d'État |
| <i>CEDH</i> | : décision de la Cour européenne des droits de l'Homme |
| <i>CGCT</i> | : Code général des collectivités territoriales |
| <i>CGI</i> | : Code général des impôts |
| <i>CGPPP</i> | : Code général de la propriété des personnes publiques |
| <i>Ch.</i> | : chambre |
| <i>Ch. réun.</i> | : arrêt des Chambres réunies de la Cour de cassation |
| <i>Chr.</i> | : chronique |
| <i>C^{ie}</i> | : compagnie |
| <i>Circ.</i> | : circulaire |
| <i>Civ.</i> | : arrêt de la Chambre civile |

| | |
|---------------------------------------|---|
| Civ. 1 ^{re} | : arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation |
| Civ. 2 ^e | : arrêt de la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation |
| Civ. 3 ^e | : arrêt de la troisième Chambre civile de la Cour de cassation |
| CJUE | : arrêt de la Cour de Justice de l'Union européenne |
| <i>CJFI</i> | : Courrier juridique des finances et de l'industrie |
| CJA | : Code de Justice administrative |
| <i>CJEG</i> | : Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz |
| CST | : Conseil supérieur de la télématique |
| <i>CP-ACCP</i> | : Contrats publics : l'actualité de la commande et des contrats publics |
| CPC | : Code de procédure civile |
| CPCE | : Code des procédures civiles d'exécution |
| coll. | : collection |
| <i>Collectivités-Intercommunalité</i> | : Collectivités territoriales intercommunalité |
| <i>Comm. com. électr.</i> | : Communication, commerce électronique |
| <i>Contrats-Marchés publ.</i> | : Revue contrats et marchés publics |
| Com. | : arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation |
| comm. | : commentaires |
| comp. | : comparer |
| concl. | : conclusions |
| Cons. const. | : décision du Conseil constitutionnel |
| <i>contra</i> | : en sens contraire |
| <i>Contrats, conc. consom.</i> | : Contrats, concurrence, consommation |
| Crim. | : arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation |
| D. | : Décret |
| <i>D.</i> | : Recueil Dalloz |
| <i>Dalloz jur. gén.</i> | : Dalloz (jurisprudence générale) |
| DA | : Documentation administrative |
| DC | : Contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires, lois organiques, des traités, des règlements des Assemblées |
| DDHC | : Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen |
| <i>Defrénois</i> | : Répertoire du notariat Defrénois |
| <i>DH</i> | : Dalloz Hebdomadaire |
| diff. | : diffusé par |
| dir. | : sous la direction de |
| <i>DP</i> | : Dalloz Périodique |
| Dpt | : département |
| <i>Dr. adm.</i> | : Droit administratif |
| <i>Dr. et patr.</i> | : Droit et patrimoine |
| <i>Dr. famille</i> | : Droit de la famille |
| <i>Dr. fisc.</i> | : Droit fiscal |
| <i>Dr. soc.</i> | : Droit social |
| <i>Dr. sociétés</i> | : Droit des sociétés |
| éd. | : éditeur, édition |
| EDCE | : Études et documents du Conseil d'État |
| et. al. | : et autres |
| etc. | : <i>et caetera</i> |
| fasc. | : fascicule |
| <i>Gaz. Pal.</i> | : Gazette du Palais |
| HS | : hors-série |
| <i>ibid.</i> | : <i>ibidem</i> , au même endroit |
| impr. | : imprimerie |
| <i>in</i> | : dans |
| <i>infra</i> | : ci-dessous |
| Instr. | : instruction |

| | |
|-------------------------------|--|
| IR | : Informations rapides |
| ISF | : impôt de solidarité sur la fortune |
| ISR | : impôt sur le revenu |
| <i>J.-Cl.</i> | : Juris-Classeur (Encyclopédies) |
| <i>JCP</i> | : Juris-Classeur périodique |
| <i>JCP A</i> | : Juris-Classeur périodique – Édition Administrations et Collectivités territoriales |
| <i>JCP E</i> | : Juris-Classeur périodique – Édition Entreprises et affaires |
| <i>JCP G</i> | : Juris-Classeur périodique – Édition générale |
| <i>JCP N</i> | : Juris-Classeur périodique – Édition notariale et immobilière |
| <i>JCP S</i> | : Juris-Classeur périodique – Édition sociale |
| JO | : Journal officiel (Lois et décrets) |
| JO AN CR | : Journal officiel (Comptes rendus) Assemblée nationale |
| JOAN Q | : Journal officiel (Questions réponses) Assemblée nationale |
| JO assoc. | : Journal officiel des associations |
| JO Sénat CR | : Journal officiel (Comptes rendus) Sénat |
| JO Sénat Q | : Journal officiel (Questions réponses) Sénat |
| <i>Journ. not.</i> | : Journal des notaires et des avocats |
| L. | : Loi |
| LGDJ | : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence |
| <i>LPA</i> | : Les Petite affiches |
| LPF | : Livre des procédures fiscales |
| M. | : Monsieur |
| Mixte | : Arrêt de Chambre mixte de la Cour de cassation |
| M ^{me} | : Madame |
| n ^{o(s)} | : numéro(s) |
| n ^{lle} | : nouvelle |
| obs. | : observations |
| <i>op. cit.</i> | : <i>opere citato</i> , dans l'ouvrage cité |
| ord. | : Ordonnance |
| p. | : page(s) |
| <i>PIBD</i> | : Propriété industrielle, bulletin de communication |
| postf. | : postface |
| préf. | : préface |
| <i>Propr. ind.</i> | : Propriété industrielle |
| PUAM | : Presses universitaires d'Aix-Marseille |
| PUF | : Presses universitaires de France |
| PULIM | : Presses universitaires de Limoges |
| QPC | : Question prioritaire de constitutionnalité |
| R. | : Règlement |
| Rapp. | : Rapport |
| Rapp. AN | : Rapport Assemblée nationale |
| Rapp. Sénat | : Rapport Sénat |
| <i>RB</i> | : Revue Banque |
| <i>Rev. crit. lég. jur.</i> | : Revue critique de législation et de jurisprudence |
| <i>RCA</i> | : Revue responsabilité civile et assurances |
| <i>RDA</i> | : Revue de droit d'Assas |
| <i>RD bancaire et fin.</i> | : Revue de droit bancaire et financier |
| <i>RDC</i> | : Revue des contrats |
| <i>RDSS</i> | : Revue de droit sanitaire et social |
| <i>Rec.</i> | : Recueil des décisions du Conseil d'État |
| rééd. | : réédition |
| <i>Rép. civ. dalloz</i> | : Répertoire de droit civil Dalloz (Encyclopédie) |
| <i>Rép. cont. adm. dalloz</i> | : Répertoire de contentieux administratif Dalloz (Encyclopédie) |
| <i>Rép. internat. dalloz</i> | : Répertoire de droit international Dalloz (Encyclopédie) |

| | |
|--------------------------------------|--|
| Rép. min. | : Réponse ministérielle |
| Req. | : arrêt de la Chambre des requêtes de la Cour de cassation |
| Resp. civ. et assur. | : Responsabilité civile et assurance |
| <i>Rev. crit. DIP</i> | : Revue critique de droit international privé |
| <i>Rev. sociétés</i> | : Revue des sociétés |
| RDP | : Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger |
| <i>RF fin. publ.</i> | : Revue française de finances publiques |
| RFDA | : Revue française de droit administratif |
| RG | : rôle général |
| RGD | : Revue générale du droit |
| RGDA | : Revue général du droit des assurances |
| RJEP | : Revue juridique de l'économie publique |
| RJES | : Revue juridique et économique du sport |
| RJS | : Revue de jurisprudence sociale |
| RJPF | : Revue juridique personnes et famille |
| RLDC | : Revue Lamy de droit civil |
| RRJ | : Revue de recherche juridique et de droit prospectif |
| RTD civ. | : Revue trimestrielle de droit civil |
| RTD com. | : Revue trimestrielle de droit commercial |
| RTDH | : Revue trimestrielle des droits de l'homme |
| S. | : Recueil Sirey |
| s. | : et suivant(e)s |
| sté | : société |
| somm. | : sommaires, sommaires commentés |
| ss | : sous |
| spéc. | : spécialement |
| Soc. | : Chambre sociale de la Cour de cassation |
| <i>supra</i> | : ci-dessus |
| t. | : tome |
| T. civ. | : tribunal civil |
| T. confl. | : Tribunal des conflits |
| T.V.A | : taxe sur la valeur ajoutée |
| TA | : tribunal administratif |
| TGI | : tribunal de grande instance |
| th. | : thèse |
| trad. | : traduit |
| UE | : Union européenne |
| V. | : voire |
| <i>v^o, v^{is}</i> | : <i>verbo, verbis</i> |
| vol. | : volume |

Sommaire

| | |
|--|-----|
| <i>Introduction</i> | 1 |
| <i>Première partie – La notion de libéralité à caractère collectif</i> | 23 |
| Titre Liminaire. Réflexions sur la notion de libéralité | 27 |
| Chapitre I. L'existence de libéralités intéressées..... | 29 |
| Section I. La présence d'une contrepartie..... | 31 |
| Section II. La recherche d'intérêts | 42 |
| Chapitre II. L'existence de libéralités publiques..... | 51 |
| Section I. Approche dogmatique : l'interdiction..... | 52 |
| Section II. Approche empirique : l'autorisation..... | 60 |
| Chapitre III. L'existence de techniques libérales originales..... | 73 |
| Section I. La reconnaissance des libéralités par engagement unilatéral de volonté..... | 74 |
| Section II. La reconnaissance limitée des fiducies aux fins de libéralité..... | 90 |
| Titre I. La diversité des libéralités à caractère collectif | 95 |
| Chapitre I. La fondation : la création d'une œuvre nouvelle..... | 99 |
| Section I. Clarification de la notion de fondation..... | 101 |
| Section II. Étude des différentes variétés d'actes de fondation..... | 112 |
| Chapitre II. La libéralité-participation : le soutien à une œuvre préexistante..... | 131 |
| Section I. La qualification libérale non contestée..... | 133 |
| Section II. La qualification libérale contestée..... | 153 |
| Titre II. Les traits distinctifs des libéralités à caractère collectif | 191 |
| Chapitre I. Des caractéristiques communes..... | 193 |
| Section I. Des libéralités affectées..... | 194 |
| Section II. Des libéralités intéressées..... | 207 |
| Chapitre II. Des techniques plurielles..... | 229 |
| Section I. La réception de l'engagement unilatéral de volonté..... | 230 |
| Section II. La réception de la fiducie aux fins de libéralités..... | 239 |
| <i>Conclusion de la première partie</i> | 259 |
| <i>Seconde partie – Le régime des libéralités à caractère collectif</i> | 261 |
| Titre I. Les conditions de validité | 265 |
| Chapitre I. La capacité de recevoir..... | 267 |
| Section I. Étude des règles de capacité..... | 269 |
| Section II. Critiques des règles de capacité..... | 320 |
| Chapitre II. La spécialité..... | 339 |
| Section I. Présentation du principe de spécialité..... | 340 |
| Section II. Les conséquences du principe..... | 345 |

| | |
|--|------------|
| Chapitre III. La forme..... | 355 |
| Section I. La réception du formalisme traditionnel..... | 356 |
| Section II. L'adaptation du formalisme traditionnel..... | 364 |
| Titre II. L'exécution..... | 373 |
| Chapitre I. Le respect de la réserve des héritiers..... | 377 |
| Section I. La place de la réserve héréditaire..... | 379 |
| Section II. Les difficultés attachées à la réserve héréditaire..... | 385 |
| Chapitre II. L'adaptation des affectations impossibles..... | 405 |
| Section I. L'interprétation des affectations impossibles dès l'origine..... | 406 |
| Section II. La révision des affectations impossibles du fait d'un changement de circonstances..... | 429 |
| Chapitre III. Les sanctions de l'inexécution..... | 453 |
| Section I. La diversité des sanctions..... | 455 |
| Section II. Le renforcement des sanctions..... | 475 |
| <i>Conclusion de la seconde partie.....</i> | 483 |
| <i>Conclusion générale.....</i> | 485 |
| <i>Bibliographie sommaire.....</i> | 491 |
| <i>Annexes.....</i> | 523 |
| <i>Index alphabétique.....</i> | 583 |
| <i>Index de jurisprudence.....</i> | 589 |
| <i>Table des matières.....</i> | 591 |

Introduction

Donne dans le secret.

Et ton père, qui voit dans le secret, te le rendra¹.

1. De la charité aux libéralités à caractère collectif. Dans ce verset de l'Évangile, Saint Matthieu affirme que celui qui donne sera récompensé par Dieu. Il met alors en évidence que l'homme charitable qui réalise un don peut poursuivre un intérêt moral, un intérêt spirituel. La charité, affirment Saint Thomas d'Aquin et Saint Augustin, peut conduire l'homme à être heureux² : elle tient une place de premier ordre dans le Christianisme. Elle est hissée au rang de la plus importante des trois vertus théologiques³. Définie, par un théologien et encyclopédiste, comme l'amour de Dieu et de son prochain⁴, elle peut aussi conduire l'homme à faire don de sa personne, de ses conseils, et aussi de son bien⁵ – au sens patrimonial du terme. En philosophie, la personne dévouée se distingue du bienfaiteur qui donne un bien⁶. Le bienfaiteur est un donateur⁷.

Selon la personne de son bénéficiaire, la libéralité charitable⁸ peut prendre une forme individuelle ou collective⁹. La seconde, la charité collective, ou la bienfaisance publique¹⁰, s'est développée, mettant en œuvre de la première est connue : c'est l'aumône directement adressée à un bénéficiaire déterminé. Les actions collectives. Cette charité porte le nom de

¹Matthieu, 6, 4.

²V. D. DIDEROT et J. d'ALEMBERT, *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, t. 7, Lausanne et Berne : chez les sociétés typographiques, 1782, v° *Charité*.

³Saint-Paul, 1. Co. 13. 13.

⁴Cette définition est donnée par l'abbé MALLET (V. D. DIDEROT et J. d'ALEMBERT, *op. cit.*, v° *Charité*).

⁵V. *ibidem*.

⁶ALAIN estime à cet égard que la bienfaisance exclue toute idée de générosité (V. ALAIN, *Définitions*, préf. A. TUBEUF, Paris : Proverbe, 1999, v° *Bienfaisance*).

⁷La bienfaisance est définie par un autre encyclopédiste comme une vertu qui porte à faire le bien à son prochain (V. D. DIDEROT et J. d'ALEMBERT, *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, t. 5, Lausanne et Berne : chez les sociétés typographiques, 1781, v° *Bienfaisance*). Une telle définition est classique (V. A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 3^e éd., Paris : PUF, 2010, coll. « Quadrige », v° *Bienfaisance*). Elle est celle retenue par le langage courant (V. J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), *Le petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris : le Robert, 2015, v° *Bienfaisance*).

⁸V. L. BÉQUET, « Des dons et legs charitables – capacité des bureaux de bienfaisance et des divers établissements publics », *Revue générale de l'Administration* 1882, n° 1, p. 132 et s.

⁹V. B. de GERANDO, *De la bienfaisance publique*, t. 1, Bruxelles : Sté Belge de Librairie, 1839, p. 1 ; J.-L. MARAIS, *Histoire du don en France de 1800 à 1939 : dons et legs charitables, pieux et philanthropiques*, Rennes : Presses Universitaires de Rennes, 1999. coll. « Histoire », p. 9 et s.

¹⁰V. B. de GERANDO, *op. cit.*, p. 1.

philanthropie : c'est une « bienfaisance [qui] consiste non pas à secourir individuellement les malheureux, mais à améliorer le sort des hommes par des moyens d'une portée générale »¹¹. Le bienfaiteur porte le nom de philanthrope. Le bénéficiaire de ce type de charité est la collectivité et non un individu identifié.

2. Émergence d'une catégorie. En droit, la systématisation de cette catégorie de libéralités à caractère collectif est récente, et l'a été pour la première fois par FLOUR, dans son cours de droit civil dispensé en 1961¹². Selon lui, la spécificité des « libéralités de caractère collectif » tient aux personnes des bénéficiaires : « Au lieu de gratifier une personne déterminée, le disposant veut faire profiter de sa générosité tout un ensemble de personnes, une collectivité. »¹³ Ce faisant, l'éminent auteur affine la pensée de ceux qui l'ont précédé. PLANIOL et RIPERT, par exemple, distinguaient au sein de leur *Traité*, les libéralités à caractère individualiste, des libéralités à caractère religieux ou social¹⁴. CASSIN, quant à lui, consacrait en 1939 son cours de doctorat spécifiquement aux libéralités qui ont un « caractère d'utilité publique »¹⁵. D'autres auteurs ont encore relevé que certaines libéralités avaient un but social¹⁶.

Reprise par SOULEAU¹⁷, la catégorie n'a connu qu'un succès inégal en doctrine. Seuls certains auteurs ont accueilli cette qualification¹⁸. Tous s'accordent sur la définition des libéralités à caractère collectif. Ces libéralités ne sont pas destinées « à une personne en particulier [...] le disposant y exprime sa générosité envers [...] une catégorie de personnes »¹⁹, elles sont alors adressées à « des groupes plus ou moins étendus de personnes »²⁰.

La libéralité à caractère collectif est donc celle qui doit bénéficier à des personnes physiques indéterminées et non individualisées. Les bénéficiaires finaux de la libéralité à caractère

¹¹V. A. LALANDE, *op. cit.*, v^o *Philanthropie*.

¹²J. FLOUR, *Cours de droit civil : licence 4^e année*, Paris : Les Cours de droit, 1963, p. 268.

¹³J. FLOUR, *op. cit.*, p. 368.

¹⁴M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 5, *Donations et testaments*, avec le concours de A. TRASBOT, Paris : LGDJ, 1933, n^o 2, p. 4.

¹⁵Et ce malgré l'intitulé de son cours, V. R. CASSIN, *Droit civil approfondi et comparé : les libéralités avec charge et les fondations*, Paris : les Cours de droit, 1939.

¹⁶V. G. PACILLY, *Le don manuel*, préf. H. LEMONNIER, Paris : Dalloz, 1936, n^o 76, p. 196 ; A. PONSARD, *Les donations indirectes en droit civil français*, Paris : Sirey, 1946, p. 97.

¹⁷J. FLOUR et H. SOULEAU, *op. cit.*, n^o 345, p. 222.

¹⁸V. M. GRIMALDI, *Droit civil : Libéralités, partages d'ascendants*, Paris : Litec, 2000, n^o 1670, p. 493 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Droit civil : Les successions, les libéralités*, 4^e éd., Paris : Dalloz, 2014, coll. « Précis. Droit privé », n^o 608, p. 536 ; J.-P. MARGUÉNAUD et B. DAUCHEZ, « Les libéralités à caractère collectif », in M. GRIMALDI (dir.), *Droit patrimonial de la famille*, 5^e éd., Paris : Dalloz, 2014, coll. « Dalloz Action », n^o 36, p. 1103. Un auteur préfère encore étudier les « libéralités à caractère caritatif ou de bienfaisance » (V. C. JUBAULT, *Droit civil : Les successions, les libéralités*, 2^e éd., Paris : Monschrestien-Lextenso éd., 2010, coll. « Domat. Droit privé », n^o 884, p. 607).

¹⁹V. M. GRIMALDI, *op. cit.*, n^o 1540, p. 411.

²⁰V. F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *op. cit.*, n^o 658, p. 583.

collectif sont, en fait sinon en droit, selon une expression empruntée à CAPITANT²¹, les membres de la collectivité tout entière ou les membres d'une catégorie particulière de personnes. Ainsi, la libéralité affectée à la défense des animaux et de l'environnement bénéficie à la collectivité dans son ensemble tandis que la libéralité destinée à secourir les pauvres vise une catégorie précise de bénéficiaires. Finalement, la libéralité à caractère collectif est au service d'une œuvre, elle sert une cause. Cette cause peut être d'intérêt général, c'est-à-dire qu'elle sert « l'ensemble des intérêts communs aux différents individus qui composent une société »²². À ce titre, SOULEAU estime que les libéralités à caractère collectif cherchent exclusivement « à satisfaire l'intérêt général »²³. En réalité, l'intérêt collectif ne se confond pas avec l'intérêt général, car ce dernier est spécifique, constituant, pour DEMOGUE, un « intérêt collectif important »²⁴. De façon plus générale, la libéralité à caractère collectif est consentie « dans l'intérêt d'une catégorie de personnes [...], d'une cause notamment politique [...] ou religieuse »²⁵.

3. Libéralités à caractère collectif et personnes morales. Une difficulté technique se pose dès ce stade : destinée à des bénéficiaires indéterminées, la libéralité doit pourtant être adressée à une personne juridique certaine. C'est ainsi que les personnes morales apparaissent comme « les destinataires naturels » des libéralités à caractère collectif²⁶. Les personnes morales sont, en effet, « plus aptes que les personnes physiques à représenter et à défendre un groupe de personnes, une cause, l'intérêt général »²⁷. Par ailleurs, en ce qui concerne l'affectation perpétuelle des biens, le droit français s'oppose à ce que des personnes physiques puissent être désignées pour réaliser la cause souhaitée puisqu'il interdit les substitutions fidéicommissaires²⁸.

En revanche, si l'affectation n'est pas perpétuelle, rien ne s'oppose en théorie à ce que la libéralité en question soit réalisée par l'intermédiaire d'une personne physique. L'éventuelle clause d'inaliénabilité permettant cette affectation et grevant la libéralité est alors temporaire et motivée par un intérêt sérieux et légitime conformément aux exigences de l'article 900-1 du Code civil. L'hypothèse est, néanmoins, résiduelle. Pratiquement, elle vise seulement celle

²¹H. CAPITANT, *De la cause des obligations : contrats, engagements unilatéraux, legs*, 3e éd., Paris : Dalloz, 1927, n° 36, p. 85.

²²V. A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 3^e éd., Paris : PUF, 2010, coll. « Quadrige », v° *Intérêt*.

²³J. FLOUR et H. SOULEAU, *op. cit.*, n° 345, p. 222.

²⁴R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé : essai critique*, Paris : Librairie Nouvelle de Droit et Jurisprudence, 1911, rééd., Paris : la Mémoire du droit, 2001, coll. « Références », p. 175.

²⁵V. M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1670, p. 493.

²⁶V. *ibidem*.

²⁷V. *ibidem*.

²⁸C. civ., art. 896.

dans laquelle une personne physique est désignée légataire avec pour charge de redistribuer l'objet du legs à des personnes indéterminées qu'elle aura individualisées au sein d'un groupe défini par le testateur²⁹. Il s'agit de l'institution bien connue du legs avec charge d'élire³⁰.

Pour cette étude, les libéralités à caractère collectif seront donc celles réalisées grâce à l'intervention d'une personne morale. Par le truchement de la personne morale, la libéralité profite aux personnes bénéficiaires de l'œuvre du groupement : du cercle de ses membres à un groupe de personnes bien plus important, par exemple les orphelins, voire à la collectivité tout entière, par exemple l'environnement. La libéralité adressée aux pauvres, longtemps mentionnée aux articles 910 et 937 du Code civil, illustre bien l'hypothèse. Le nom de cette institution est un trompe-l'œil : la libéralité n'est pas directement adressée aux pauvres, mais à leur représentant qui n'est autre qu'une personne morale de droit public³¹. Cette personne est ensuite chargée de faire profiter les pauvres de la libéralité.

Des auteurs définissent au demeurant les libéralités à caractère collectif comme celles « adressées à des personnes morales »³² comme si les deux notions se confondaient. Déjà en leur temps, PLANIOL et RIPERT s'intéressaient aux libéralités adressées aux personnes morales³³. Dire que les libéralités à caractère collectif sont réalisées par l'intermédiaire d'une personne morale conduit-il à retenir que toutes les libéralités adressées à des personnes morales ont un caractère collectif ? La réponse est négative. À cet égard, la société, si elle constitue un groupement de personnes, poursuit un intérêt qui lui est propre : l'intérêt social³⁴. La Cour de cassation, dans une série de décisions³⁵, a estimé que l'intérêt de la société ne se confondait pas avec celui des associés. Ainsi, la libéralité adressée à une société n'a pas un caractère

²⁹Sur une telle possibilité, V. V. Req., 27 juin 1899, *D.* 1899, 1, p. 592, in H. CAPITANT, F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 128, p. 676 ; Req., 19 juillet 1939, précité ; Req., 14 janvier 1941, précité ; Req., 30 novembre 1964, *Gaz Pal* 1965, 1, p. 84.

³⁰Si le legs avec faculté d'élire est nul comme adressé à une personne indéterminée, la jurisprudence valide le legs avec charge d'élire lorsque le bénéficiaire final est, dans une certaine mesure, défini par la volonté du disposant (V. Req., 27 juin 1899, *D.* 1899, 1, p. 592 ; H. CAPITANT, F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 128, p. 676 ; Req., 19 juillet 1939, précité ; Req., 14 janvier 1941, précité ; Req., 30 novembre 1964, *Gaz Pal* 1965, 1, p. 84).

³¹V. F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *Droit civil : Les successions, les libéralités*, 3^e éd., Paris : Dalloz, 1997, coll. « Précis. Droit privé », n° 586, p. 472 (non repris dans la dernière édition). Adde Ph. MALAURIE et C. BRENNER, *Les successions, Les libéralités*, 6^e éd., Issy-les-Moulineaux : Defrénois-Lextenso éd., 2015, coll. « Droit civil », n° 329, p. 168.

³²V. J.-P. MARGUÉNAUD et B. DAUCHEZ, *op. cit.*, n° 360.11, p. 1104.

³³M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 5, *Donations et testaments*, avec le concours de A. TRASBOT, Paris : LGDJ, 1933, n°s 862 et s., p. 911 et s.

³⁴En ce sens, V. R. SALOMON, *Précis de droit commercial*, préf. Ch. THIN, Paris : PUF, 2005, coll. « Major », p. 172 ; J. MESTRE, M.-E. PANCRAZI, I. ARNAUD-GROSSI et al., *Droit commercial, Droit interne et aspects de droit international*, 29^e éd., Paris : LGDJ-Lextenso éd., 2012, coll. « Manuel », n° 374, p. 325 ; G. GOFFAUX-CALLEBAUT, « La définition de l'intérêt social, retour sur la notion après les évolutions législatives récentes », *RTD com.* 2004, p. 35 et s.

³⁵Com., 8 novembre 2011, n° 10-24.438, *Inédit* ; *Dr. sociétés* 2012, comm. n° 6, obs. H. HOVASSE ; *Rev. sociétés* 2012, p. 238, note A. VIANIER ; Civ. 3^e, 12 septembre 2012, n° 11-17.948, *Bull. civ.* III, n° 121 ; *Dr. sociétés* 2012, comm. n° 178, obs. R. MORTIER ; *Rev. sociétés* 2013, p. 16, note A. VIANIER.

collectif. Finalement, les libéralités à caractère collectif sont donc celles adressées à des personnes morales de droit privé à but non lucratif et aux personnes publiques.

4. Deux grandes catégories de libéralités à caractère collectif. Les libéralités à caractère collectif se divisent, selon les auteurs, en deux sous-catégories³⁶ : les libéralités aux personnes morales classiques et les fondations, qui seraient, par opposition aux premières, des libéralités à des personnes morales particulières. Les fondations ont toujours été l'objet d'une attention particulière de la part des auteurs. D'importantes études leur ont été consacrées³⁷ au point que plusieurs auteurs ne s'intéressent qu'à celles-ci au sein de leurs ouvrages³⁸. La notion de fondation est complexe car polysémique : elle renvoie à un patrimoine, à un acte et éventuellement à un établissement. Dans un premier sens, la fondation constitue une « affectation perpétuelle de certains biens à un service déterminé »³⁹. La fondation est donc une masse de biens affectés. Le caractère perpétuel de cette affectation ne participe plus de sa définition depuis que le législateur et le Conseil d'État ont admis le caractère temporaire de certaines fondations⁴⁰. Dans un second sens, la fondation vise l'acte dit « de fondation », c'est-à-dire l'acte dont l'élément déterminant est, pour la Cour de cassation, « l'affectation d'une masse de biens à [un] but déterminé »⁴¹. Si cette masse de biens peut être adressée à une personne morale préexistante chargée de réaliser l'œuvre souhaitée par le fondateur, une

³⁶V. J. FLOUR et H. SOULEAU, *op. cit.*, n° 345, p. 224 ; M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1671, p. 495 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *op. cit.*, n° 658, p. 584.

³⁷V. notamment A. GEOUFFRE de LAPRADELLE, *Théorie et pratique des fondations perpétuelles, histoire, jurisprudence, vues critiques, droit français et étranger*, Paris : V. Giard et É. Brière, 1895 ; H. LÉVY-ULLMAN et P. GRUNEBaum, « Essai sur les fondations par testament », *RTD civ.* 1904, p. 253 et s. ; *Travaux de la Semaine internationale du droit*, t. 3, *Les fondations*, Paris : Sirey, 1937 ; R. CASSIN, *Droit civil approfondi et comparé : les libéralités avec charge et les fondations*, Paris : les Cours de droit, 1939 ; H. PAILHÉ, *De la création des fondations autonomes en droit positif français*, Grenoble : impr. de Boissy et Colomb, 1939 ; H. SOULEAU, *L'acte de fondation en droit français*, thèse de doctorat en droit, Paris : Université de Paris, 1969 ; M. POMEY, *Traité des fondations d'utilité publique*, Paris : PUF, 1980 ; C. DEBBASCH (dir.), *Les fondations, un mécénat pour notre temps ?*, Paris, Economica ; Aix-Marseille, Presses universitaires, 1987, coll. « Science et droit administratif » ; V. GUEDI, *Essai sur le régime juridique des fondations*, thèse de doctorat, Paris : Université de Paris II, 1999.P.

³⁸V. G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil : Les successions et les libéralités*, par P. RAYNAUD, Paris : Sirey, 1983, n°s 678 et s., p. 502 et s. ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 4, *Successions, Libéralités*, 5^e éd. par L. LEVENEUR et S. MAZEAUD-LEVENEUR, Paris : Montchrestien, 1999, n° 1325, p. 546 ; P. VOIRIN et G. GOUBEaux, *Droit civil*, t. 2, *Régimes matrimoniaux, successions libéralités*, 28^e éd., par P. VOIRIN, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso éd., 2014, coll. « Manuel », n°s 903 et s., p. 367 et s.

³⁹V. J. FLOUR et H. SOULEAU, *Droit civil : Les libéralités*, par H. SOULEAU, Paris : Armand Colin, 1982, coll. « U Série Droit privé », n° 365, p. 240 ; J.-P. MARGUÉNAUD et B. DAUCHEZ, « Les libéralités à caractère collectif », in M. GRIMALDI (dir.), *Droit patrimonial de la famille*, 5^e éd., Paris : Dalloz, 2014, coll. « Dalloz Action », n° 39.07, p. 1149.

⁴⁰Le législateur l'impose en matière de fondation d'entreprise (L. n° 87-571 du 23 juillet 1987, art. 19-2.). Quant au Conseil d'État, il l'autorise exceptionnellement pour les fondations reconnues d'utilité publique lorsque « la fondation se donne un objet bien circonscrit et réalisable dans un laps de temps déterminé » (V. Statuts-types approuvés par le Conseil d'État dans son avis du 2 avril 2003, note n° 33, ss l'art. 12). Une telle possibilité n'est pas reprise dans les statuts-types approuvés dans l'avis du 13 mars 2012. Les raisons de cette suppression ne sont pas connues (V. Annexe 3).

⁴¹V. Civ. 1^{re}, 15 février 1983, n° 81-15.951, *Bull. civ.* I, n° 61.

personnalité juridique nouvelle peut également lui être reconnue : un groupement de biens est alors constitué. Dans un dernier sens, la fondation désigne cet établissement personnifié.

À ce stade, la distinction, opérée par la doctrine, entre les fondations et les libéralités aux personnes morales classiques, n'apparaît pas clairement. En réalité, celui qui fonde va créer une œuvre nouvelle dont la réalisation est confiée à un établissement nouveau ou à une personne déjà existante. À l'inverse, lorsque le bienfaiteur ne fonde pas, il va soutenir, par le vecteur de sa libéralité, une œuvre déjà engagée et poursuivie par une personne morale. Il lui apporte son soutien. Le critère de l'initiative permet alors de distinguer les *fondations*, par lesquelles le fondateur initie une œuvre nouvelle, de ce que nous appellerons les *libéralités-participation*, par lesquelles le disposant soutient une œuvre initiée par d'autres. Ce critère est préférable à celui, parfois proposé par la doctrine⁴², qui repose sur l'affectation et la perpétuité, dans la mesure où toutes les libéralités à caractère collectif sont affectées et la pérennité de la fondation abandonnée. Ainsi, le bienfaiteur, qui adresse une libéralité à un département afin qu'il crée un théâtre, réalise une fondation avec recours à une personne morale préexistante. À l'inverse, le disposant, qui transmet une partie de son patrimoine à une organisation non gouvernementale de protection de l'environnement pour soutenir ses causes, réalise une libéralité-participation.

5. Le droit romain : les enjeux techniques. En dehors de la doctrine, le droit normatif s'est toujours intéressé aux libéralités à caractère collectif. L'histoire des libéralités à caractère collectif est celle d'un balancement permanent. D'un côté, le droit cherche à diminuer les difficultés techniques qui y font obstacle. D'un autre côté, leur développement est encadré, voire, à certaines époques, entravé.

Dans la mesure où la personne du bénéficiaire est indéterminée, le juriste est rapidement confronté à la question de savoir à qui de telles libéralités sont adressées. À Rome, en effet, seuls les individus peuvent, initialement, recevoir des legs ou être institués héritiers. Reconnaisant les substitutions fidéicommissaires, le droit romain admet sans difficulté que des patrimoines affectés à un but de façon perpétuelle, c'est-à-dire des fondations, soient adressés à des personnes physiques chargées d'en faire bénéficier les destinataires finaux⁴³.

⁴²V. J. FLOUR, *op. cit.*, p. 370 ; J. FLOUR et H. SOULEAU, *op. cit.*, n° 345, p. 224 ; M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1671, p. 495.

⁴³V. R. SALEILLES, *De la personnalité juridique : histoire et théories*, 2^e éd., Paris : Rousseau, 1922 p. 116.

Organisée, entre autres, autour de groupements constitutifs de collèges, communautés et corporations⁴⁴, la société romaine est rapidement confrontée à des libéralités destinées au peuple de Rome, aux cités, aux colonies, aux corporations professionnelles, etc. Or, la capacité d'être désigné légataire ou héritier est refusée à ces groupements faute de constituer des personnes juridiques⁴⁵. Un obstacle technique aux libéralités à caractère collectif apparaît alors car elles sont adressées à la collectivité ; les juristes cherchent à sauver ces libéralités. Lors de la période classique⁴⁶, les remèdes ne sont que ponctuels : certains groupements sont autorisés à recevoir par le truchement d'une personne physique qui en est membre, d'autres directement par des réglementations spéciales⁴⁷. Au cours du Bas-Empire⁴⁸, la capacité de recevoir est plus largement reconnue à des groupements. Favorisant la religion chrétienne, Constantin reconnaît globalement la capacité de l'Église et des monastères⁴⁹. Plus tard, Justinien achève cette évolution en ouvrant cette possibilité à toutes les groupements et corporations⁵⁰.

Leur capacité acquise, tous ces groupements, laïcs ou religieux, peuvent être destinataires de legs, être institués héritiers ou être désignés pour recevoir des patrimoines affectés perpétuellement à un but déterminé. L'essor du Christianisme, qui place la charité au cœur de son dogme, permet l'apparition de nombreuses fondations charitables ou pieuses⁵¹. Les groupements religieux destinataires de ces fondations sont alors chargés d'affecter perpétuellement les biens reçus à l'œuvre souhaitée par le fondateur.

Sous Justinien, la technique s'affine encore et les fondations se sont peu à peu individualisées⁵². Le patrimoine affecté peut, au lieu d'être transmis à un groupement préexistant, devenir autonome et indépendant⁵³. L'acte de fondation donne alors naissance à un nouvel établissement, à un nouveau groupement. De nombreux établissements de bienfaisance sont créés grâce à des fondations⁵⁴. La troisième conception de la fondation apparaît alors à cette date en désignant l'établissement créé. Sans aller jusqu'à retenir le

⁴⁴V. T. TISSIER, *Les libéralités en faveur des personnes morales*, Paris : P. Dupont, 1890, n^{os} 4 et s., p. 4 et s. Pour une étude plus complète des différentes personnes morales à Rome, V. V. PELOSSE, *Des libéralités aux personnes morales à Rome*, Lyon : J. Gallet, 1880, p. 6 et s.

⁴⁵V. V. PELOSSE, *ibidem*, p. 36 et s.

⁴⁶II^e siècle avant au III^e siècle après J.-C.

⁴⁷V. T. TISSIER, *op. cit.*, n^{os} 38 et s., p. 46 et s. ; J. GAUDEMET et E. CHEVREAU, *op. cit.*, p.103 et s. ; J.-P. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., Paris : Dalloz, 2010, coll. « Précis. Droit privé ». n^o 903, p. 1270.

⁴⁸IV^e siècle au VI^e siècle après J.-C.

⁴⁹V. V. PELOSSE, *op. cit.*, p. 65 et s. ; A.-E. GIFFARD, *op. cit.*, n^o 533, p. 313.

⁵⁰V. P.-F. GIRARD, *op. cit.*, p. 872.

⁵¹V. X. BETHOUX, *Des libéralités dont l'acceptation est soumise à l'autorisation administrative en droit français*, Voiron, 1886, p. 19 ; T. TISSIER, *op. cit.*, n^o 14, p. 11.

⁵²V. J. GAUDEMET et E. CHEVREAU, *op. cit.*, p. 141 et s.

⁵³V. R. SALEILLES, *op. cit.*, p. 144.

⁵⁴V. V. PELOSSE, *op. cit.*, p. 73 ; T. TISSIER, *op. cit.*, p. 12 ; J. GAUDEMET et E. CHEVREAU, *op. cit.*, p. 142. Sur l'émergence des fondations *piæ causæ*, V. R. SALEILLES, *op. cit.*, p. 137 et s.

concept de personnalité morale⁵⁵, qui sera dégagé par les glossateurs au Moyen-Âge⁵⁶, le droit romain permet le développement des libéralités à caractère collectif en dépassant les obstacles techniques auxquels elles sont confrontées.

6. L'Ancien droit : les enjeux économiques et politiques. Imprégné de Christianisme, l'Ancien-droit laisse, dans un premier temps, se développer les libéralités charitables aboutissant à l'accumulation de biens dits de mainmorte. La mainmorte « se dit de la possession de certains biens [...] par des personnes morales [...], de leur appartenance à un patrimoine qui, à la différence de celui des particuliers, ne se transmet pas de main en main [...], mais réalise une accumulation de richesses en dehors des mutations successorales et économiques »⁵⁷. Adressés à des groupements pérennes, les biens objets des libéralités à caractère collectif sont, de fait, hors du commerce puisqu'ils ne circulent pas. Ce faisant, ces biens ne peuvent plus être l'objet de droits de mutation, privant, à l'époque féodale, le seigneur du fief d'importants revenus⁵⁸. Aussi, la mise en place d'un droit d'amortissement imposant à l'établissement gratifié de payer une indemnité au seigneur⁵⁹, puis au Roi⁶⁰, doit-il permettre de limiter les risques fiscaux attachés aux libéralités à caractère collectif. À l'époque, l'enrichissement de l'Église nuit au pouvoir seigneurial, ce qui indirectement profite à la royauté qui cherche à imposer son autorité⁶¹.

Progressivement, une fois l'autorité centrale assurée, le Roi s'inquiète du développement de puissants corps intermédiaires⁶². Aussi, est-il décidé au xvii^e siècle, par plusieurs ordonnances, de soumettre à une autorisation royale la constitution de tels établissements⁶³. L'Édit de d'AGUESSEAU d'août 1749 achève cette évolution : il soumet à une autorisation royale toute constitution de groupements ecclésiastiques ou laïcs⁶⁴, interdit la création de nouvelles

⁵⁵V. R. SALEILLES, *op. cit.*, p. 46. Comp. A.-E. GIFFARD, *op. cit.*, n° 530, p. 312 ; P.-F. GIRARD, *op. cit.*, p. 255 ; J. GAUDEMET et E. CHEVREAU, *op. cit.*, p. 140 (la notion de personnalité juridique n'aurait jamais été « nettement dégagée » en droit romain). Plus largement, V. B. ELIACHEVITCH, *La personnalité juridique en droit privé romain*, Paris : Sirey, 1942, coll. « Société d'histoire du droit ».

⁵⁶V. D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy : PUF, 2003, coll. « Quadrige », v^o *Personne morale*.

⁵⁷V. G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., Paris : PUF, 2014, coll. « Quadrige », v^o *Mainmorte*.

⁵⁸V. X. BETHOUX, *op. cit.*, p. 92.

⁵⁹V. *ibidem*, p. 95.

⁶⁰Par deux ordonnances de 1370 et 1372, Charles V se réserva le droit d'amortir. À l'indemnité payée au seigneur s'ajoutait un impôt dû à la couronne (V. *ibid.*, p. 96). Pour une étude de la combinaison de ces deux droits, V. J.-R. POTHIER, *Œuvres complètes de Pothier*, t. 23, *Des donations entre-vifs, des personnes et des choses*, Paris : Thomine et Fortic, 1821, p. 357 et s.

⁶¹V. X. BETHOUX, *op. cit.*, p. 93.

⁶²V. E. ROBINET, *Des libéralités testamentaires en faveur des personnes morales*, Grenoble : Baratier et Dardelet, 1894, p. 23.

⁶³V. X. BETHOUX, *op. cit.*, p.97. Adde R. SALEILLES, *op. cit.*, p. 244.

⁶⁴V. Édit concernant les Établissements et Acquisitions des Gens de Main-morte, du mois d'août 1749, art. 1^{er}, in J.-M. PARDESSUS (éd.), *Œuvres complètes du chancelier d'Aguesseau*, t. 13, *Contenant la fin de la correspondance officielle, et plusieurs mémoires sur la justice et les finances*, n^{lle} éd., Paris : Fantin : H. Nicole : de Pelafol, 1819, p. 64.

fondations individualisées⁶⁵, subordonne à l'obtention de lettres patentes les acquisitions entre vifs portant sur des immeubles⁶⁶ et déclare nulles les libéralités testamentaires adressées à ces établissements en toutes circonstances⁶⁷. En revanche, les acquisitions entre vifs portant sur des meubles sont en principe valables sans autorisation⁶⁸, tout comme les fondations n'ayant pas pour but la création de nouveaux établissements qui sont alors simplement soumises à une homologation des parlements⁶⁹. Ce faisant, la réglementation issue de l'Édit doit protéger tout à la fois les intérêts de l'État, mais également ceux des familles⁷⁰, souci nouveau à cette époque.

7. Le Code civil et les libéralités à caractère collectif. La méfiance envers les libéralités à caractère collectif est partagée par les rédacteurs du Code civil. Lors de la présentation du texte au corps législatif, BIGOT de PRÉAMENEU affirme que le gouvernement « doit connaître la nature et la quantité des biens qu'il met ainsi hors du commerce ; il doit même empêcher qu'il n'y ait dans ces dispositions un excès condamnable »⁷¹.

Aussi, le Code civil de 1804 s'intéresse-t-il aux libéralités à caractère collectif dans deux dispositions : les articles 910 et 937 du Code civil. Bien que les règles posées sont héritées de l'Édit de d'AGUESSEAU, elles s'en distinguent néanmoins. Aux termes de l'article 910, dans sa rédaction initiale, « Les dispositions entre vifs ou par testament, au profit des hospices, des pauvres d'une commune, ou d'établissements d'utilité publique, n'auront leur effet qu'autant qu'elles seront autorisées par arrêté du Gouvernement. » Quant à l'article 937 du Code civil, il vient en renfort du précédent texte. En 1804, il est ainsi libellé : « Les donations faites au profit d'hospices, des pauvres d'une commune ou d'établissements d'utilité publique, seront acceptées par les administrateurs de ces communes ou établissements, après y avoir été dûment autorisés. » Les mêmes règles sont rapidement affirmées pour établissements ecclésiastiques par une loi du 2 janvier 1817⁷².

⁶⁵V. Édit concernant les Établissements et Acquisitions des Gens de Main-morte, du mois d'août 1749, art. 2, in J.-M. PARDESSUS (éd.), *op. cit.*, p. 65.

⁶⁶V. Édit concernant les Établissements et Acquisitions des Gens de Main-morte, du mois d'août 1749, art. 4 et 14, in J.-M. PARDESSUS (éd.), *op. cit.*, p. 65 et 70.

⁶⁷V. Édit concernant les Établissements et Acquisitions des Gens de Main-morte, du mois d'août 1749, art. 17, in J.-M. PARDESSUS (éd.), *op. cit.*, p. 70.

⁶⁸V. Édit concernant les Établissements et Acquisitions des Gens de Main-morte, du mois d'août 1749, art. 18, in J.-M. PARDESSUS (éd.), *op. cit.*, p. 70. Adde J.-R. POTHIER, *Œuvres complètes de Pothier*, *op. cit.*, p. 362.

⁶⁹V. Édit concernant les Établissements et Acquisitions des Gens de Main-morte, du mois d'août 1749, art. 3, in J.-M. PARDESSUS (éd.), *op. cit.*, p. 65. Adde R. SALEILLES, *op. cit.*, p. 249 et s.

⁷⁰V. J.-M. PARDESSUS (éd.), *op. cit.*, p. 62.

⁷¹V. P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, t. 12, Paris : Videcoq, 1836, p. 522.

⁷²Ces établissements doivent obtenir l'autorisation du roi pour accepter « les biens meubles, immeubles, ou rentes, qui [leur] seront donnés par actes entre vifs ou par actes de dernières volontés » (L. 2 janvier 1817, art. 1^{er}, anc.).

Ces règles sont tout à la fois plus rigoureuses et moins rigoureuses que celles de l'Édit de d'AGUESSEAU. Elles le sont davantage car l'autorisation du gouvernement est imposée quel que soit l'objet – mobilier ou immobilier – de la libéralité. Ainsi, selon l'un des rédacteurs du Code civil « l'intérêt de la société, celui des familles, exigeait cette limitation, qui, au reste, sera encore plus sage que le fameux édit de 1749, où on ne trouvait des dispositions restrictives que sur les immeubles »⁷³. Au contraire, le régime est moins strict que celui de l'Édit puisque les libéralités à caractère collectif pour cause de mort ne sont plus interdites. En outre, malgré les virulentes critiques adressées par TURGOT, dans l'Encyclopédie, aux fondations qu'il jugeait inutiles, vouées à être inexécutées du fait de leur caractère perpétuel et uniquement motivées pour « satisfaire la vanité du fondateur lors même que [les motifs du culte divin ou de l'utilité publique, pour lesquels elles sont constituées] lui servent de voile »⁷⁴, le Code civil ne reprend pas l'interdiction de créer de nouvelles fondations personnifiées. Dès un avis du 17 janvier 1806, le Conseil d'État reconnaît ainsi la possibilité de créer des fondations-personnes morales tout en soumettant cette constitution à l'autorisation du pouvoir central⁷⁵.

8. La réception du Code civil : le rôle du juge et de la pratique administrative au XIX^e siècle. La méfiance à l'égard des libéralités à caractère collectif perdure, peu ou prou, tout au long du XIX^e siècle du côté du législateur⁷⁶, encore que différentes lois aient soustrait les communes et les départements de la tutelle prévue par l'article 910 du Code civil⁷⁷. Surtout, le développement des fondations se heurte à un important obstacle technique : l'article 906 du Code civil. Selon ce texte, il faut être conçu au jour de l'ouverture de la succession pour recevoir à cause de mort. Ainsi, la fondation contenue dans un testament et destinée à un nouvel établissement non créé au jour du décès du fondateur, fondation testamentaire directe, est déclarée nulle par les juges⁷⁸. Afin de contourner cet obstacle, le Conseil d'État et la Cour de cassation suivent deux voies distinctes. Alors que le premier fait rétroagir la personnalité de la fondation au jour du décès du fondateur⁷⁹, la seconde permet aux juges du fond de

⁷³V. P.-A. FENET, *op. cit.*, p. 584.

⁷⁴V. D. DIDEROT et J. d'ALEMBERT, *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, t. 14, Lausanne et Berne : chez les sociétés typographiques, 1781, v^o *Fondations* ; G. SCHELLE (éd.), *Œuvres de Turgot et documents le concernant*, t. 1, Paris : Librairie F. Alcan, 1913, p. 584.

⁷⁵Reproduit par M. POMEY (*V. Traité des fondations d'utilité publique*, Paris : PUF, 1980, p. 405).

⁷⁶Pour une étude complète de la législation du XIX^e siècle, V. J.-L. MARAIS, *op. cit.*, p. 21 et s.

⁷⁷V. L. AUCOC, *Les établissements publics et la loi du 4 février 1901*, Paris : A. Picard, 1901.

⁷⁸V. Civ., 12 avril 1864, *D.* 1865, 1, p. 82 ; Civ., 14 août 1866, *D.* 1867, 1, p. 218 ; *S.* 1867, 1, p. 61 ; Req., 24 novembre 1874, *S.* 1875, 1, p. 8 ; Civ., 7 février 1912, *D.* 1912, 1, p. 43 ; *S.* 1914, 1, p. 305, note HUGUENY ; Civ., 12 mai 1902, *D.* 1902, 1, p. 425 ; Civ. 1^{re}, 15 février 1983, n^o 81-15.951, *Bull. civ.* I, n^o 61 ; *Rev. crit. DIP* 1983, p. 645, note B. ANCEL ; *RTD civ.* 1984, p. 350, obs. J. PATARIN ; Civ. 1^{re}, 22 juillet 1987, n^o 85-13.907, *Bull. civ.* I, n^o 258 ; *Gaz. Pal.* 1988, n^o 1, p. 137, note de LA MARNIERRE.

⁷⁹V. CE, 20 décembre 1854, avis, rapporté par E.-S. MARGUERIE, « Étude sur les libéralités faites aux établissements non reconnus », *Rev. crit. lég. jur.* 1878, p. 516 ; CE, 25 août 1943, avis, n^o 232632 rapporté par

découvrir dans le testament, sous prétexte d'interprétation, une charge de fonder, fondation testamentaire indirecte⁸⁰, qu'ils imposent à un légataire universel ou à la succession⁸¹.

Dans le même temps, l'autorité de tutelle est appelée à arbitrer sur le terrain de l'article 910 du Code civil entre les intérêts de l'État, des groupements et des familles. Elle retient plusieurs solutions pragmatiques favorables aux libéralités à caractère collectif. La première est connue sous le nom de « réserve administrative ». Plutôt que de refuser l'acceptation de la libéralité destinée au groupement pour en faire profiter les héritiers nécessiteux, l'autorité administrative procède à une réduction de celle-ci afin qu'une partie de la libéralité revienne au groupement pendant que la part réduite fait retour à la succession *ab intestat*. La seconde renvoie à la « substitution administrative »⁸² : lorsque la libéralité est adressée à une personne morale de droit public non apte, du fait de sa spécialité, à réaliser les charges grevant la libéralité, l'autorité de tutelle lui substitue un second groupement apte à le faire.

Par ces différentes techniques, le juge et la pratique permettent l'essor des libéralités à caractère collectif. À la fin du XIX^e siècle les craintes traditionnelles à l'égard des libéralités à caractère collectif se sont dissipées : les groupements ne représentent plus une menace pour le pouvoir politique, les biens qu'ils possèdent n'étant plus majoritairement composés d'immeubles continuent de circuler, sans être exclus du commerce juridique.

9. Le XX^e siècle et les libéralités d'utilité publique. Le législateur diminue progressivement les restrictions des différents groupements dans leur capacité de recevoir des libéralités à caractère collectif. Il encourage, tout d'abord, les libéralités affectées à l'intérêt général ou à l'utilité publique.

Ainsi, la loi du 4 février 1901 sur la tutelle administrative en matière de dons et legs autorise les établissements publics, à l'exception des établissements publics de culte, à accepter librement les libéralités qui leur sont adressées, sauf charges, conditions ou affectations immobilières et réclamations des familles⁸³. Puis, la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association consacre la liberté d'association tout en reconnaissant la capacité de recevoir à titre gratuit aux associations ayant obtenu une reconnaissance d'utilité publique⁸⁴. Plus tard,

M. POMEY, *op. cit.*, p. 409.

⁸⁰Sur leur validité, V. Req., 7 novembre 1859, *D.* 1859, 1, p. 444 ; Civ., 2 mai 1864, *D.* 1864, 1, p. 265 ; Req., 21 juin 1870, *D.* 1871, 1, p. 97 ; Req., 8 avril 1874, *D.* 1876, 1, p. 225 ; Civ., 5 juillet 1886, *D.* 1886, 1, p. 465 ; Req., 6 novembre 1888, *D.* 1889, 1, p. 314 ; Civ., 12 mai 1902, *D.* 1902, 1, p. 425.

⁸¹V. Civ., 2 mai 1864, *D.* 1864, 1, p. 264 ; Civ. 1^{re}, 14 mai 1991, n° 90-13.135, *Bull. civ.* I, n° 159.

⁸²V. T. TISSIER, *op. cit.*, n° 469, p. 354.

⁸³V. L. AUCOC, *op. cit.*, p. 26.

⁸⁴Les associations simplement déclarées étaient privées de la capacité de recevoir des libéralités. Compte tenu des importantes limitations de capacité posée par la loi du 1^{er} juillet 1901, SALEILLES considère alors que cette loi ressuscite l'Édit de 1749 (V. R. SALEILLES, *op. cit.*, p. 256).

en 1933, le législateur reconnaît la capacité des associations dites « de bienfaisance » en les assimilant aux associations reconnues d'utilité publique⁸⁵. Enfin, une fondation, la Fondation de France, conçue par les pouvoirs publics, est reconnue d'utilité publique par un décret du 9 janvier 1969⁸⁶. Cette personne morale de droit privé est créée pour recevoir des libéralités afin de les redistribuer à des « personnes, œuvres ou organismes » poursuivant des causes d'intérêt général⁸⁷. Elle est voulue comme un réceptacle de libéralités, il s'agit d'un groupement « redistributeur ».

La faveur envers les libéralités affectées à l'intérêt général se manifeste surtout sur le terrain fiscal. Afin que la libéralité soit largement ou intégralement affectée à une œuvre d'intérêt général, le législateur retient des réductions, voire des exonérations, des droits de mutation pour les personnes morales⁸⁸. Du côté des bienfaiteurs, la loi crée un véritable régime fiscal de faveur avec des réductions d'impôt en contrepartie de leurs dons. Les particuliers peuvent alors diminuer leur impôt sur le revenu ; les sociétés commerciales, l'impôt sur les sociétés⁸⁹. C'est déjà reconnaître implicitement que les personnes morales peuvent réaliser des libéralités. À compter de cette date, le rôle joué par l'Administration fiscale en matière de libéralités à caractère collectif devient fondamental⁹⁰. Par exemple, il lui appartient désormais de déterminer si l'œuvre soutenue est ou non d'intérêt général. Les causes d'intérêt général sont déterminées par le législateur, soit celles qui ont « un caractère philanthropique, éducatif, scientifique, social, humanitaire, sportif, familial, culturel, ou concourant à la mise en valeur du patrimoine artistique [...], à la défense de l'environnement naturel ou à la diffusion de la culture, de la langue et des connaissances scientifiques françaises »⁹¹. Toutefois, il revient à l'Administration fiscale de vérifier que le groupement poursuit bien de telles activités, qu'il ne fonctionne pas au profit d'un cercle restreint de personnes, n'exerce pas d'activités lucratives et a une gestion désintéressée.

⁸⁵L. 14 janvier 1933, art. 14.

⁸⁶Sur la genèse de la Fondation de France, V. M. POMEY, *Traité des fondations d'utilité publique*, Paris : PUF, p. 220 et s.

⁸⁷V. Statuts de la Fondation de France, art. 1^{er} (V. Annexe 4).

⁸⁸Pour une étude, V. M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 5, *Donations et testaments*, 2^e éd., par A. TRASBOT et Y. LOUSSOUARN, Paris : LGDJ, 1957, n° 902 et s., p. 1156 et s.

⁸⁹CGI, art. 238 *bis*, anc.

⁹⁰La documentation fiscale, longtemps dispersée dans différentes instructions, est depuis le 12 septembre 2012 réunie au sein du Bofip, une base documentaire unique qui lui est immédiatement opposable. Cette base est dénommée Bulletin officiel des finances publiques-Impôts (Bofip) et est entrée en vigueur par la dernière instruction fiscale du 7 septembre 2012, *BOI 13 A-2-12*, n° 64 du 7 décembre 2012. Le Bofip a pour effet de supplanter les instructions fiscales antérieures qui demeurent opposables à l'Administration pour la seule période antérieure au 12 septembre 2012. Si le Bofip est supposé avoir rapporté l'ensemble des dites instructions et dès lors les avoir « codifiées », le Conseil d'État est venu préciser que les instructions non reprises par la nouvelle doctrine fiscale sont inopposables à l'Administration fiscale. V. CE, 27 février 2013, n° 357537, *Inédit*.

⁹¹CGI, art. 200.

10. Le xx^e siècle et les libéralités à caractère collectif. Cette faveur envers les libéralités à caractère collectif ne se limite pas uniquement à celles affectées à l'intérêt général. Le législateur est également favorable à l'essor des libéralités cultuelles ou confessionnelles puisqu'il reconnaît la capacité juridique aux congrégations dans la loi du 1^{er} juillet 1901⁹², puis aux associations cultuelles⁹³.

Plus largement, l'État n'empêche pas le développement des libéralités poursuivant un simple intérêt catégoriel. D'une part, les libéralités affectées à un intérêt professionnel sont admises dès 1920 avec la reconnaissance législative de la capacité des syndicats de recevoir des libéralités⁹⁴. D'autre part, les libéralités peuvent plus généralement être affectées à tout intérêt collectif lorsqu'elles sont destinées à une association simplement déclarée. Tout d'abord, ces associations ont toujours pu recevoir des apports aussi bien mobiliers qu'immobiliers⁹⁵. Or, si l'apport est traditionnellement considéré comme un acte à titre onéreux, il réalise, comme nous le montrerons, une véritable libéralité : l'apporteur se dépouille au profit de l'association sans recevoir de contrepartie. L'éventuelle clause de reprise de l'apport en cas de dissolution de l'association n'est pas un obstacle à l'irrévocabilité des donations. Elle constitue une clause de révocation expresse pour inexécution. Ensuite, la pratique administrative tolère rapidement que toutes les associations puissent être gratifiées de dons manuels sans autorisation du pouvoir central⁹⁶. À cet égard, elles profitent également d'opérations de parrainage de la part des sociétés commerciales qui, là encore, constituent des libéralités qui taisent leur nom. Enfin, la loi du 1^{er} juillet 1901 a toujours autorisé les associations à recevoir des subventions publiques. Comme PLANIOL⁹⁷, on peut s'interroger : que sont ces subventions sinon des libéralités publiques ? L'occasion nous sera donnée de répondre à cette interrogation.

Parallèlement, le législateur intervient à deux reprises pour répondre aux difficultés techniques rencontrées par les libéralités à caractère collectif. En 1971, afin de mettre un terme aux hésitations jurisprudentielles sur la validité des clauses d'inaliénabilité en présence d'acte de fondation, il reconnaît expressément au sein de l'article 900-1 du Code civil la possibilité pour les libéralités adressées aux personnes morales d'être grevées de telles clauses⁹⁸. C'est déjà remarquer que la fondation, bien que perpétuelle, n'implique pas

⁹²L. 1^{er} juillet 1901, art. 13, anc.

⁹³L. 9 décembre 1905, art. 19.

⁹⁴L. 12 mars 1920.

⁹⁵D. 16 août 1901, art. 15.

⁹⁶V. R. DEMOGUE, « Capacité d'acquérir des associations déclarées », *RTD civ.* 1931, p. 1 et s.

⁹⁷M. PLANIOL, *D.* 1895, 1, p. 217, à propos des subventions publiques.

⁹⁸V. A. SÉRIAUX, *J.-Cl. civil code*, art. 900-1, fasc. unique : « Libéralités – Dispositions générales – Clauses d'inaliénabilité », n^{os} 4 et 9.

nécessairement de telles inaliénabilités. Ensuite, en 1984, le législateur instaure aux articles 900-2 et suivants du Code civil, un régime de révision des charges dont l'exécution est fragilisée du fait d'un changement des circonstances. Bien qu'applicables à toutes les libéralités quel que soit leur bénéficiaire, la loi est pensée pour les personnes morales. Le régime instauré est lacunaire et source de nombreuses incertitudes.

Pendant cette période le juge et la pratique administrative interviennent également. Les solutions retenues au XIX^e siècle sont maintenues, encore que la substitution administrative soit tombée en désuétude. Surtout, la Cour de cassation autorise, sous couvert d'interprétation, les juges du fond à refaire le testament pour lui faire produire effet. À cet égard, le juge judiciaire n'hésite pas à découvrir une substitution dans l'acte : un groupement capable de recevoir une libéralité est substitué à celui désigné mais incapable⁹⁹. De la même manière, il décide que la charge inexécutée n'est pas la cause impulsive et déterminante de la libéralité afin de faire échec aux demandes en révocation des héritiers.

11. Le tournant de la loi du 23 juillet 1987 et ses suites. Une dernière étape s'ouvre avec la loi du 23 juillet 1987 sur le développement du mécénat qui s'intéresse, notamment, aux fondations. À la différence de législations voisines – par exemple la loi monégasque du 29 janvier 1922 relative aux fondations ou la loi luxembourgeoise du 21 avril 1928 sur les associations et fondations sans but lucratif – le droit français était lacunaire. La loi de 1987 donne, pour la première fois, la définition de l'acte de fondation. Le premier alinéa de l'article 18, inchangé depuis, énonce ainsi que :

La fondation est l'acte par lequel une ou plusieurs personnes physiques ou morales décident l'affectation irrévocable de biens, droits ou ressources à la réalisation d'une œuvre d'intérêt général et à but non lucratif.

Puis, un régime des fondations-personnes morales est défini. La loi du 23 juillet 1987 demeure, encore aujourd'hui, le siège du régime juridique des fondations. Par ailleurs, cette loi modifie la loi du 1^{er} juillet 1901 en élargissant la capacité de recevoir des libéralités aux associations d'assistance et de recherche scientifique ou médicale et consacre la possibilité pour toutes les associations de recevoir des dons manuels sans les soumettre à l'article 910 du Code civil¹⁰⁰. Enfin, la loi contient également un certain nombre de mesures fiscales en vue de favoriser le mécénat.

⁹⁹V. A. PONSARD, « Sur quelques difficultés relatives à l'interprétation des testaments : le rôle du juge dans la détermination du légataire ou du bénéficiaire de la charge », *JCP* 1957, I 1385.

¹⁰⁰L. 87-571 du 23 juillet 1987, art. 16.

La loi de 1987 est le point de départ d'une succession de lois spéciales. Depuis, les réformes se sont enchaînées dans deux directions : la levée des dernières restrictions d'une part, l'incitation au mécénat d'autre part. Ainsi, le législateur en 1990 lève, par exemple, l'obstacle technique propre aux fondations testamentaires directes : la loi permet désormais que la reconnaissance d'utilité publique rétroagisse au jour de l'ouverture de la succession. Il consacre également les fondations abritées, une pratique créée par la Fondation de France et l'Institut de France. En droit, la fondation abritée est une simple fondation adressée à une personne morale préexistante chargée de réaliser l'œuvre voulue par le fondateur. En fait, cette masse de biens prend la forme d'un groupement de biens non personnifié, un établissement au sein de la personne hébergeante.

Par ailleurs, de nombreuses institutions attractives de mécénat sont créées : fondations d'entreprise au service du mécénat des sociétés commerciales¹⁰¹, des fondations spéciales pour défendre certaines causes déterminées¹⁰² et surtout les fonds de dotations¹⁰³. Conçu comme un réceptacle de libéralités, le fonds de dotation est créé dans le but d'attirer la générosité du public. À cette époque, la constitution de tels fonds ne nécessite pas de dotation initiale. Le fondateur n'est donc pas nécessairement un philanthrope. Surtout, en définissant les buts du fonds de dotation, la loi consacre implicitement la double nature des groupements de biens. Le fonds de dotation peut, en effet, avoir pour but d'utiliser les revenus de sa dotation soit en vue de la réalisation d'une œuvre ou d'une mission d'intérêt général, soit il les redistribue pour assister une personne morale poursuivant un pareil but¹⁰⁴. Est ainsi consacrée la distinction pratique entre les groupements opérateurs et les groupements redistributeurs.

Dans cette démarche d'incitation, les avantages fiscaux sont élargis notamment par la loi du 1^{er} août 2003 relative au mécénat, aux associations et aux fondations qui contient, pour l'essentiel, des dispositions d'ordre fiscal¹⁰⁵.

Le Code civil n'a pas échappé à ce mouvement. Les limitations relatives à la capacité d'exercice posée à l'article 910 du Code civil n'ont eu de cesse d'être tempérées depuis une ordonnance du 28 juillet 2005¹⁰⁶. Sur le terrain de l'acceptation de la libéralité, cette réforme substitue, dans la grande majorité des cas, à l'autorisation préalable de l'autorité de tutelle,

¹⁰¹L. n° 90-559 du 4 juillet 1990.

¹⁰²Elles sont diverses : fondation du patrimoine (L. n° 96-590 du 2 juillet 1996) ; fondations universitaires (L. n° 2007-1199 du 10 août 2007, art. 28) ; fondations partenariales (L. n° 2008-776 du 4 août 2008, art. 139) ; fondations hospitalières (L. n° 2009-879 du 21 juillet 2009, art. 8) ; fondations de coopération scientifique (L. n° 2010-1536 du 13 décembre 2010, art. 6).

¹⁰³L. n° 2006-776 du 4 août 2008, art. 140.

¹⁰⁴L. n° 2008-776, art. 140, I.

¹⁰⁵L. n° 2003-709 du 1^{er} juillet 2003.

¹⁰⁶Ord. n° 2005-856 du 28 juillet 2005.

une procédure de non-opposition. La libéralité peut être acceptée librement, sauf si le représentant de l'État dans le département s'y oppose.

Finalement, les dernières restrictions aux libéralités à caractère collectif s'expliquent par des raisons morales¹⁰⁷ : la crainte des captations d'héritage¹⁰⁸, les risques d'abus pouvant être exercés sur des personnes vulnérables¹⁰⁹, voire les abus commis par certains groupements dans l'utilisation des fonds perçus. Dans ce contexte, le législateur encadre en 1991 les appels à la générosité du public, anciennement souscriptions publiques, et offre à la Cour des comptes la possibilité de contrôler l'utilisation des fonds perçus¹¹⁰.

12. Une évolution permanente. Le droit des libéralités à caractère collectif est donc celui d'un mouvement continu. Deux réformes d'ampleur ont encore récemment illustré ce phénomène. Si, par une loi du 31 juillet 2014¹¹¹, le législateur impose une dotation initiale pour les fonds de dotation, il modifie surtout de nouveau les règles de capacité des associations simplement déclarées : toutes les associations d'intérêt général peuvent désormais recevoir des libéralités. Ensuite, par une ordonnance du 23 juillet 2015, le gouvernement a profondément changé les règles contenues au sein de l'article 910 du Code civil : les fondations et associations reconnues d'utilité publique, notamment, n'ont plus à se soumettre à la tutelle administrative : elles acceptent librement les libéralités qui leur sont adressées. La faveur envers les libéralités à caractère collectif conduit même certains parlementaires à déposer des propositions de lois en vue de supprimer la réserve héréditaire lorsque la libéralité est adressée à certaines associations ou fondations reconnues d'utilité publique¹¹².

L'évolution du droit est également le fait des praticiens. Ces derniers sont extrêmement innovants en matière de libéralité à caractère collectif. La pratique des fondations abritées n'est qu'une illustration parmi d'autres. La donation temporaire d'usufruit en est une. Son appréhension par l'Administration fiscale est pour le moins curieuse. Un récent rapport s'intéresse d'ailleurs aux dons dits « innovants »¹¹³, parmi lesquels le don par SMS. Les parlementaires y sont favorables¹¹⁴. C'est donc sans surprise que le projet de loi Numérique,

¹⁰⁷V. M. GRIMALDI, *Droit civil : Libéralités, partages d'ascendants*, Paris : Litec, 2000, n° 1670, p. 494.

¹⁰⁸V. Rapp. AN 2014, n° 1891, p. 326 ; Rapp. Sénat 2013-2014, n° 84, p. 169.

¹⁰⁹Les établissements sociaux et médicaux sociaux sont, par exemple, frappés d'une incapacité relative de recevoir des libéralités des personnes qu'elles hébergent (CASF, art. L. 331-4). L'acceptation d'une libéralité par un groupement sectaire est soumise à l'autorisation de l'autorité de tutelle (C. civ., art. 910).

¹¹⁰L. n° 91-772 du 7 août 1991.

¹¹¹L. n° 2014-856 du 31 juillet 2014.

¹¹²V. Proposition de loi n° 748 présentée par la sénatrice M^{me} M.-H. des ESGAULX (2011) ; Proposition de loi n° 2904 présentée par le député M. F. LEFEBVRE (2015).

¹¹³V. G. DUFOUR et R. VABRES, « Les dons « oubliés », les dons innovants : étude juridique et fiscale », Rapport au Ministre de la vie associative, non publié, 2012.

¹¹⁴V. Rapp. AN 2014, n° 2383, p. 62.

présenté en Conseil des ministres le 26 octobre 2015 et transmis au Conseil d'État le 6 novembre, prévoit d'autoriser ce type de don au bénéfice d'organismes sans but lucratif. De la même manière, le développement sur internet du financement dit « participatif » ou *crowdfunding*, c'est-à-dire le financement par la foule d'un projet particulier, a obligé les pouvoirs publics à intervenir pour réglementer cette pratique au sein d'une ordonnance du 30 mai 2014¹¹⁵, encore que celle-ci soit très lacunaire lorsque l'opération repose sur des dons.

13. Le désordre. Cette présentation conduit à un constat : celui d'un désordre tant au regard des mécanismes et techniques réalisant des libéralités à caractère collectif que des règles qui s'y appliquent. Ces mécanismes sont variés : libéralités traditionnelles, donation temporaire d'usufruit, libéralités aux pauvres, dons manuels, micro-don, etc, auxquels s'ajoutent ceux dont la qualification de libéralité est refusée. Les contrats d'assurance-vie aux fins de placement, les apports aux associations, les opérations de parrainage des sociétés commerciales ainsi que les subventions publiques sont considérés, à tort, comme des actes à titre onéreux.

Un même constat se retrouve au regard des techniques employées. La libéralité peut bénéficier directement au groupement opérant en faveur des intérêts collectifs ou lui être adressée par l'intermédiaire d'une autre personne, par exemple un groupement redistributeur.

Quant aux règles, elles sont éparpillées dans de nombreux textes. Rappelons que le Code civil contient peu de dispositions s'intéressant aux libéralités à caractère collectif. Historiquement, seuls les articles 910 et 937 du Code civil visaient celles-ci. Depuis, seuls deux autres articles en traitent et sur des points particuliers¹¹⁶. La grande majorité des règles applicables aux libéralités à caractère collectif est contenue dans des textes spéciaux.

Surtout, ces règles sont lacunaires et incomplètes. Le régime de révision des charges l'illustre à maints égards : la loi a, par exemple, permis de réviser la seule charge dont l'exécution est difficile du fait d'un changement de circonstance et non la charge devenue inutile. D'autres règles sont peu opportunes à l'image de celles qui régissent la capacité juridique des bénéficiaires de libéralités à caractère collectif. Les dernières limitations de capacité juridique pesant sur les associations simplement déclarées peinent à convaincre. En outre, la récente réforme de l'article 910 du Code civil, par l'ordonnance du 23 juillet 2015, doit être

¹¹⁵Ord. n° 2014-559 du 30 mai 2014.

¹¹⁶L'article 900-1, aliéna 2 du Code civil écarte les limitations à la validité d'une clause d'inaliénabilité lorsque celle-ci grève une libéralité adressée à une personne morale. L'article 909 contient, depuis peu, une incapacité relative de recevoir à titre gratuit pour certaines personnes morales. L'article 911 du Code civil vise également l'hypothèse dans laquelle une personne morale servirait à réaliser une libéralité interposée au profit d'une personne physique frappée d'une incapacité de recevoir à titre gratuit.

condamnée. Les pouvoirs publics sont garants de la bonne utilisation du label « reconnu d'utilité publique » qu'ils apposent à certains groupements. Un contrôle de l'utilisation des biens reçus par libéralités est nécessaire. Finalement, ces textes n'échappent pas aux critiques contemporaines sur le travail législatif : multiplication des textes spéciaux, difficultés d'adaptation avec le droit commun, lacunes, etc.

En l'absence de dispositions spéciales, le droit commun des libéralités s'applique. Il arrive, cependant, que ses règles s'avèrent peu opportunes en présence de personnes morales. Ainsi, les règles relatives à la protection de la réserve sont sources de difficultés particulières lorsque la libéralité est à caractère collectif : le paiement de l'indemnité de réduction peut s'avérer extrêmement délicat lorsque le bien reçu entre vifs a été employé conformément aux souhaits du disposant. De la même manière, la sanction de l'inexécution des charges pourrait être réformée. La rétroactivité de la révocation pour inexécution est bien sévère lorsque la libéralité a été réalisée plusieurs décennies auparavant.

Enfin, les libéralités à caractère collectif ont pour particularité d'être parfois réalisées par des personnes morales. À ce propos, des auteurs s'interrogent sur une redéfinition de ces libéralités. Ils estiment ainsi que la catégorie des libéralités à caractère collectif devrait également s'étendre aux libéralités réalisées par des personnes morales¹¹⁷. La qualité du bienfaiteur a, effectivement, quelques incidences. D'abord, la libéralité doit respecter la spécialité du groupement : la libéralité consentie par une société doit être compatible avec l'intérêt social, celle réalisée par une personne publique doit être conforme à l'intérêt général apprécié à son échelon de compétence. Ensuite, le formalisme *ad validitatem* des donations entre vifs n'a rien d'évident dans ce cas. Au-delà de ces deux questions, la qualité du disposant est indifférente : la spécificité des libéralités à caractère collectif ne tient pas dans la personne qui donne, mais dans celle qui reçoit.

14. Une catégorie spéciale à ordonner. Un tel constat commande une étude d'ensemble des libéralités à caractère collectif. Ce travail est d'autant plus important que les dernières études d'ampleur remontent à la fin du XIX^e siècle¹¹⁸. À l'époque, seules les questions de capacité juridique et le principe de spécialité ont retenu l'attention des auteurs. Les difficultés sont pourtant plus importantes. Le désordre est général. Une proposition de loi, intégrant au

¹¹⁷V. J.-P. MARGUÉNAUD et B. DAUCHEZ, « Les libéralités à caractère collectif », in M. GRIMALDI (dir.), *Droit patrimonial de la famille*, 5^e éd., Paris : Dalloz, 2014, coll. « Dalloz Action », n° 360.11, p. 1104.

¹¹⁸V. A. PITOIS, *Des legs aux personnes morales en droit français*, Paris : impr. de Mocquet, 1887 ; T. TISSIER, *Des dons et legs aux établissements publics ou d'utilité publique*, Paris : P. Dupont, 1890.

sein du Code civil des règles relatives aux libéralités à caractère collectif, pourrait y mettre un terme¹¹⁹.

Dans la mesure où les libéralités à caractère collectif sont soumises à des règles qui leur sont propres, les auteurs ont pris l'habitude d'y voir des libéralités exceptionnelles¹²⁰, particulières¹²¹ ou spéciales¹²². En réalité, la spécificité de la catégorie des libéralités à caractère collectif ne se réduit pas à son seul régime. La notion même de libéralité à caractère collectif est singulière.

Elle l'est tout d'abord, il est vrai, par ses bénéficiaires finaux. Elle l'est surtout en raison de l'interposition indispensable d'une personne morale pour arriver aux fins voulues. Socialement destinée à une communauté d'individus, la libéralité à caractère collectif est juridiquement adressée à une personne morale. Ces deux caractères constituent les clés de voûte du régime des libéralités à caractère collectif vers lesquelles tendent des mécanismes aussi divers que variés qui peuvent toutefois être classés en deux catégories : les fondations et les libéralités-participation. Au sein de celles-ci, de nouvelles divisions apparaissent et surtout les techniques juridiques employées sont plurielles contrairement au droit anglo-saxon qui repose sur une technique unique : le *charity trust*. En droit français, les libéralités à caractère collectif reposent, soit sur des libéralités *sub modo* traditionnelles, soit sur des fiducies aux fins de libéralité. La libéralité à caractère collectif peut, en outre, trouver sa source dans un engagement unilatéral de volonté à l'image de l'acte de fondation entre vifs dans le but de créer un nouvel établissement.

Dans la mesure où ces libéralités ne bénéficient pas *in fine* à la personne morale, elles sont à la fois affectées et intéressées. Si la notion d'affectation est au cœur de la définition de la fondation, elle se retrouve également du côté des libéralités participation. Il est évident qu'un groupement sollicitant l'aide du public pour réaliser son œuvre doit affecter les fonds reçus aux objectifs visés. Quant aux libéralités qui sont spontanément adressées à un groupement, elles sont nécessairement destinées à la réalisation de son œuvre. Les libéralités à caractère collectif sont donc grevées de charges d'affectation, fussent-elles implicites. Ensuite, retenir que les libéralités à caractère collectif sont des libéralités intéressées ne saurait surprendre.

¹¹⁹Une proposition de loi peut ainsi être proposée (V. Annexe 1).

¹²⁰M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 5, *Donations et testaments*, avec le concours de A. TRASBOT, Paris : LGDJ, 1933, n° 862, p. 911.

¹²¹V. J. FLOUR, *Cours de droit civil : licence 4^e année*, Paris : Les Cours de droit, 1963, p. 367 ; J. FLOUR et H. SOULEAU, *Droit civil : Les libéralités*, par H. SOULEAU, Paris : Armand Colin, 1982, coll. « U Série Droit privé », n° 345, p. 322 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil : Les successions et les libéralités*, par P. RAYNAUD, Paris : Sirey, 1983, n° 678, p. 502 ; M. GRIMALDI, *Droit civil : Libéralités, partages d'ascendants*, Paris : Litec, 2000, n° 1670, p. 49.

¹²²V. C. JUBAULT, *Droit civil : Les successions, les libéralités*, 2^e éd., Paris : Monschrestien-Lextenso éd., 2010, coll. « Domat. Droit privé », n° 884, p. 607 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Droit civil : Les successions, les libéralités*, 4^e éd., Paris : Dalloz, 2014, coll. « Précis. Droit privé », n° 608, p. 536.

Depuis l'*Essai sur le don* de MAUSS¹²³, les sociologues¹²⁴ comme les juristes¹²⁵ s'intéressent aux intérêts poursuivis par celui qui donne. Les mobiles de la libéralité sont « divers et ambigus »¹²⁶. Les libéralités à caractère collectif participent, plus que tout autres, à cette réflexion. Ainsi, JOSSERAND voit dans les libéralités à caractère collectif, qu'il dénomme affectations spéciales, la manifestation la plus importante du déclin du titre gratuit¹²⁷. Plus récemment, il a été soutenu que les différentes conséquences fiscales attachées aux libéralités à caractère collectif n'étaient pas sans incidence sur la nature de celles-ci. Ainsi, les avantages fiscaux en contrepartie de certaines libéralités à caractère collectif seraient la manifestation d'une « gratuité intéressée « traditionnelle »¹²⁸ tandis que la donation temporaire d'usufruit au profit d'un organisme collectif réaliserait une véritable « libéralité avantageuse »¹²⁹. Finalement, les mobiles de la libéralité sont indifférents pour la qualification de celle-ci, ils « ne sont pris en compte qu'au chapitre de la cause »¹³⁰.

Une fois la catégorie des libéralités à caractère collectif délimitée, il est possible d'envisager les règles qui s'y rapportent. Depuis PLANIOL et RIPERT¹³¹, les auteurs ont pris l'habitude de distinguer l'étude des libéralités-participation des fondations considérant que les secondes étaient spécifiques par rapport aux premières¹³². Pourtant, les actes de fondation ne présentent aucune spécificité majeure par rapport aux libéralités-participation. Ils sont soumis aux mêmes difficultés au stade de leur régime. À l'instar des auteurs du XIX^e siècle et de CASSIN¹³³, il convient d'étudier ensemble toutes ces libéralités.

¹²³M. MAUSS, *Essai sur le don : forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques*, présentation par F. WEBER, 2^e éd., Paris : PUF, 2012, coll. « Quadrige ».

¹²⁴V. J. DERRIDA, *Donner le temps*, Paris : Galilée, 1991, coll. « La Philosophie en effet » ; A. CAILLÉ, *Don, intérêt et désintéressement : Bourdieu, Mauss, Platon et quelques autres*, Lormond : le Bord de l'eau, 2014, coll. « Bibliothèque du MAUSS » ; E. LE ROY, « La juridicité du don : approche anthropologique », in N. JACQUINOT (dir.), *Le don en droit public*, Toulouse, Presse de l'Université de Toulouse ; Paris, LGDJ-Lextenso éd., 2013, coll. « Actes de colloque », t. 17, p. 9 et s. Adde M. CANTO-SPERBER (dir.), *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, 4^e éd., Paris : PUF, 2004, coll. « Quadrige », v^o *Don et réciprocité*.

¹²⁵V. L. JOSSERAND, « Le déclin du titre gratuit », in *Évolutions et Actualités*, Conférences de droit civil, Liège, impr. G. Thone ; Paris, Sirey, 1936, p. 135 et s. ; J. DUPICHOT, « Rapport de synthèse : la gratuité et le droit », *Gaz. pal.* 1999, n^o 176, p. 930 et s. ; R. CABRILLAC, « La gratuité, rapport de synthèse », *RLDC* 2013, n^o 110, p. 104 et s.

¹²⁶V. B. VAREILLE, « L'indifférence des mobiles de la libéralité », *Deffrénois* 2011, p. 698 et s.

¹²⁷L. JOSSERAND, art. précité.

¹²⁸V. D. GUÉVEL, « La gratuité intéressée : oxymore d'avenir ? », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gilles Goubeaux*, Paris : Dalloz : LGDJ-Lextenso éd., 2009, p. 229 et s., n^o 24.

¹²⁹V. R. LIBCHABER, « Une cession temporaire d'usufruit ? », *Deffrénois* 2008, p. 1656 et s., n^o 1.

¹³⁰V. B. VAREILLE, art. précité.

¹³¹M. PLANIOL et G. RIPERT, *op. cit.*, n^o 862, p. 911

¹³²V. J. FLOUR, *op. cit.*, p. 367 ; J. FLOUR et H. SOULEAU, *op. cit.*, n^o 345, p. 322 ; M. GRIMALDI, *op. cit.*, n^o 1671, p. 495 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *op. cit.*, n^o 658, p. 584.

¹³³V. R. CASSIN, *Droit civil approfondi et comparé : les libéralités avec charge et les fondations*, Paris : les Cours de droit, 1939.

Au-delà d'une présentation de la notion, une réflexion peut être menée pour dégager un régime complet tenant compte des spécificités des libéralités à caractère collectif.

15. Plan.

Première partie – La notion de libéralité à caractère collectif

Seconde partie – Le régime des libéralités à caractère collectif

PREMIÈRE PARTIE – LA NOTION DE LIBÉRALITÉ À CARACTÈRE

COLLECTIF

16. La spécificité des libéralités à caractère collectif. Dans son important cours de droit civil, CASSIN étudiait, en 1939, les différentes libéralités avec charges et les fondations¹. Il faisait alors apparaître leur spécificité. À cette époque, l'éminent auteur ne distingue pas expressément selon le bénéficiaire de ces libéralités. Pourtant, il relève parmi ces libéralités, que nombre d'entre elles ont « un caractère d'utilité publique »². À la même période, PLANIOL et RIPERT isolaient l'étude des libéralités adressées aux personnes morales au sein de leur traité³. Pour eux, ce sont des libéralités soumises à des règles exceptionnelles. Quelque temps après, FLOUR conceptualisait cette idée et faisait naître une notion nouvelle : les libéralités à caractère collectif⁴. Ce sont celles adressées aux personnes morales, de droit privé comme de droit public, en charge d'intérêts collectifs allant de missions d'intérêt général à de simples intérêts catégoriels aux rangs desquels des intérêts culturels. Depuis, et à de rares exceptions près, les auteurs étudient ces libéralités⁵. Pour certains ce sont des libéralités spéciales⁶, pour

¹R. CASSIN, *Droit civil approfondi et comparé : les libéralités avec charge et les fondations*, Paris : les Cours de droit, 1939.

²*Ibidem*, p. 1.

³M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 5, *Donations et testaments*, avec le concours de A. TRASBOT, Paris : LGDJ, 1933, n^{os} 862 et s., p. 911 et s. ; *Traité pratique de droit civil français*, t. 5, *Donations et testaments*, 2^e éd., par A. TRASBOT et Y. LOUSSOUARN, Paris : LGDJ, 1957, n^o 862, p. 1103. Avant eux, seuls les partages d'ascendants et les donations par contrat de mariage et entre époux bénéficiaient d'une étude particulière comme étant de droit exceptionnel. V. C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français : d'après la méthode de Zachariæ*, t. 11, 5^e éd., par E. BARTIN, Paris : Marchal et Godde, 1919, n^{os} 728 et s., p. 566 et s. Comp. G. BAUDRY-LACANTINERIE et M. COLIN, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. 2, *Des donations entre vifs et des testaments*, Paris : L. Larose, 1896. PLANIOL avait déjà isolé en son temps l'étude des fondations. V. M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 3, *Régimes matrimoniaux ; successions ; donations et testaments*, 6^e éd., Paris : F. Pichon et Durand-Auzias, 1913, n^{os} 3330 et s., p. 889 et s.

⁴J. FLOUR, *Cours de droit civil : licence 4^e année*, Paris : Les Cours de droit, 1963, p. 369 et s.

⁵Sauf certains auteurs qui les étudient au même stade que les libéralités de droit commun, V. H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 4, *Successions, Libéralités*, 5^e éd. par L. LEVENEUR et S. MAZEAUD-LEVENEUR, Paris : Montchrestien, 1999, n^{os} 1403 et s., p. 600 ; Ph. MALAURIE et C. BRENNER, *Les successions, Les libéralités*, 6^e éd., Issy-les-Moulineaux : Defrénois-Lextenso éd., 2015, coll. « Droit civil », n^{os} 347 et s., p. 175 et s. ; D. GUÉVEL, *Droit des successions et des libéralités*, 3^e éd., Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso éd., 2014, coll. « Systèmes », n^{os} 260 et s., p. 122 et s.

⁶V. C. JUBAULT, *Droit civil : les successions, Les libéralités*, 2^e éd., Paris : Monschrestien-Lextenso éd., 2010, coll. « Domat. Droit privé », n^o 846, p. 579 ; P. VOIRIN et G. GOUBEUX, *Droit civil*, t. 2, *Régimes matrimoniaux, successions libéralités*, 28^e éd., Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso éd., 2014, coll. « Manuel », n^o 903, p. 367 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Droit civil : Les successions, les libéralités*, 4^e éd., Paris : Dalloz, 2014, coll. « Précis. Droit privé », n^o 250, p. 249.

d'autres des libéralités particulières⁷. Ainsi, les libéralités à caractère collectif dérogent au droit commun des libéralités.

17. La diversité des libéralités à caractère collectif. À l'instar des libéralités à caractère familial⁸, qui constituent également une catégorie de libéralités spéciales, la catégorie des libéralités à caractère collectif est marquée par la diversité des libéralités qui la composent. Certaines, les fondations, ont pour finalité d'initier une œuvre. D'autres, les libéralités-participation, ont pour but de soutenir une œuvre déjà existante. Au sein de chacune de ces catégories, des divisions sont encore envisageables. Ainsi, les fondations peuvent tendre à créer une œuvre personnifiée ou non. Quant aux libéralités-participation, elles peuvent être sollicitées lorsqu'elles font suite à un appel au soutien du public, ou spontanées dans les autres cas. En outre, parmi les libéralités-participation, certaines se voient refuser la qualification de libéralité. Un certain nombre d'opérations sont considérées, à tort, comme des actes à titre onéreux. Les apports aux associations, le parrainage culturel et les subventions doivent réintégrer cette catégorie juridique.

18. Les traits caractéristiques aux libéralités à caractère collectif. Bien que la catégorie des libéralités à caractère collectif soit composée de libéralités extrêmement diverses, un auteur a parfaitement montré que la diversité des libéralités à caractère collectif ne devait pas « masquer l'unité foncière » de celles-ci⁹. Plusieurs traits distinctifs transcendent cette catégorie juridique.

Tout d'abord, toutes les libéralités à caractère collectif reposent sur des caractéristiques communes. Ce sont à la fois des libéralités affectées et des libéralités intéressées. Affectées, les libéralités à caractère collectif le sont nécessairement. Faute d'affectation prévue expressément, une affectation implicite doit être découverte. Reste la question de savoir quel est l'objet de cette affectation. Il peut varier. La libéralité peut être affectée tant au fonctionnement du groupement qu'à la réalisation de son œuvre. Certaines le seront à l'un et à l'autre. Ainsi, les affectations d'une fondation, d'une libéralité spontanée ou d'une libéralité sollicitée sont différentes. Intéressées, les libéralités à caractère collectif le sont tout autant.

⁷V. J. FLOUR, *op. cit.*, p. 369 ; J. FLOUR et H. SOULEAU, *Droit civil : Les libéralités*, par H. SOULEAU, Paris : Armand Colin, 1982, coll. « U Série Droit privé », n° 345, p. 222 ; M. GRIMALDI, *Droit civil : Libéralités, partages d'ascendants*, Paris : Litec, 2000, n° 1025, p. 40. Comp. G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil : Les successions et les libéralités*, par P. RAYNAUD, Paris : Sirey, 1983, n° 678, p. 502, mais seulement pour les fondations.

⁸V. B. VAREILLE, « Les libéralités familiales », *LPA* 1995, n° 55, p. 4 et s.

⁹V. M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1671, p. 495.

FLOUR a depuis longtemps fait le lien entre l'affectation et l'intérêt poursuivi par le disposant¹⁰. En gratifiant une personne morale à charge pour elle de réaliser son œuvre, le bienfaiteur poursuit toujours un intérêt moral. La poursuite d'un tel intérêt se trouve exacerbée en présence de fondations testamentaires. Défavorable à celles-ci, TURGOT dénonçait la vanité et la prétention à l'éternité des fondateurs¹¹. De surcroît, le disposant pourrait bien poursuivre également des intérêts matériels. Cela ne fait plus aucun doute depuis que le législateur de 1987 a autorisé les sociétés commerciales à participer à la création de fondations reconnues d'utilité publique¹². Quant au législateur de 1990¹³, il a créé un outil spécial à leur profit : les fondations d'entreprise. Le mécénat d'entreprise, comme le parrainage culturel, ne se comprend qu'à l'aune du développement de l'image de marque de la société et de la recherche de retombées économiques. En d'autres termes, le bienfaiteur poursuit, dans bien des cas, des intérêts matériels. À l'image des libéralités à caractère collectif, les affectations comme les motivations poursuivies par le bienfaiteur sont diverses.

Par ailleurs, les libéralités à caractère collectif mettent en œuvre des techniques juridiques originales non prévues par l'article 893 du Code civil qui ne vise que la donation entre vifs et le legs. L'engagement unilatéral de volonté, forme de donation indirecte, permet d'expliquer et de sécuriser l'acte de fondation entre vifs dont la finalité est la création d'un nouveau groupement par exemple. De la même manière, la fiducie aux fins de libéralité est seule à même d'appréhender les libéralités s'appuyant sur un intermédiaire de transmission, à savoir celles adressées à un bénéficiaire déterminé par l'entremise d'un tiers et celles consenties à un organisme redistributeur chargé d'élire le bénéficiaire final.

19. Des préjugés à dépasser. Pour mettre en lumière la notion de libéralité à caractère collectif, plusieurs préjugés doivent préalablement être surmontés. Ils tiennent tant à la nature gratuite de la libéralité – rejet des libéralités intéressées et des libéralités publiques – qu'aux techniques juridiques que celle-ci peut emprunter – engagement unilatéral de volonté et fiducies aux fins de libéralité.

¹⁰J. FLOUR, *op. cit.*, p. 179.

¹¹V. D. DIDEROT et J. d'ALEMBERT, *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, t. 14, Lausanne et Berne : chez les sociétés typographiques, 1782, v^o *Fondations* ; G. SCHELLE (éd.), *Œuvres de Turgot et documents le concernant*, t. 1, Paris : Librairie F. Alcan, 1913, p. 584.

¹²L. n^o 87-571 du 23 juillet 1987, art. 18.

¹³L. n^o 90-559 du 6 juillet 1990, art. 4.

20. Plan. Quelques réflexions sur la notion de libéralité s'imposent (Titre Liminaire). Les contours des libéralités à caractère collectif pourront alors être délimités. Bien que les libéralités à caractère collectif soient marquées par leur diversité (Titre I), plusieurs traits distinctifs les caractérisent (Titre II).

TITRE LIMINAIRE. RÉFLEXIONS SUR LA NOTION DE LIBÉRALITÉ

21. Des libéralités spéciales prisonnières des définitions classiques. Bien que les libéralités à caractère collectif soient considérées comme des libéralités spéciales, c'est-à-dire dérogatoires au droit commun, elles n'en demeurent pas moins de véritables libéralités. Elles répondent alors à leur définition et plus largement à celle du titre gratuit. Si une telle affirmation semble tomber sous le coup de l'évidence, elle révèle d'emblée une importante difficulté. Les qualifications de titre gratuit et de libéralité sont délicates à appréhender. JOSSERAND, RIPERT et FLOUR l'ont depuis longtemps relevé¹⁴. La libéralité est, en effet, « une notion aux frontières incertaines »¹⁵.

22. Difficultés tenant à la gratuité de la libéralité. Les éléments essentiels du titre gratuit sont difficiles à cerner. Les notions de contrepartie, au cœur de l'élément matériel, et celle d'intention libérale, caractéristique de l'élément moral, peinent à être systématisées. Selon l'approche retenue, un même acte est considéré comme à titre gratuit ou à titre onéreux. Ainsi, des opérations similaires reçoivent des qualifications distinctes au prétexte que certaines d'entre elles seulement seraient désintéressées. Pourtant, libéralité et poursuite d'un intérêt ne sont pas incompatibles. Une fois arrivé à cette conclusion, un second écueil tenant à la personnalité des gratifiants doit être évité. Une idée ancienne veut que seules les personnes privées puissent consentir des libéralités ; les personnes publiques ne sauraient être animées d'une intention libérale. Une vision renouvelée de l'élément moral des libéralités commande de rejeter ce dogme, ce qui implique au préalable d'admettre que les personnes morales peuvent avoir la qualité de disposant. Les libéralités publiques sont possibles.

23. Difficultés tenant aux techniques de réalisation d'une libéralité. Un troisième et dernier obstacle doit encore être surmonté. Il trouve ses racines dans l'article 893 du Code civil. Dès 1804, ce texte propose une liste, qui paraît limitative, des différentes catégories de libéralité. Seules deux sont visées : les donations entre vifs et les testaments. Cependant, de

¹⁴L. JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, t. 2, *Essai de téléologie*, Paris : Dalloz, 1928, rééd., préf. D. DEROUSSIN, Paris : Dalloz, 2006, coll. « Bibliothèque Dalloz », nos 257 et s., p. 320 et s. ; G. RIPERT, *Répétitions écrites de droit civil approfondi et comparé : la notion de libéralité*, Paris : les Cours de droit, 1931 ; J. FLOUR, *op. cit.*, p. 45.

¹⁵V. B. VAREILLE, « Les libéralités familiales », *LPA* 1995, n° 55, p. 4 et s.

nombreuses libéralités à caractère collectif ne reposent pas sur une donation classique ou sur un legs. Elles empruntent une technique différente : un engagement unilatéral de volonté ou une fiducie aux fins de libéralité. Pour ce faire, il est nécessaire de retenir que les libéralités à caractère collectif peuvent reposer sur des techniques libérales originales.

24. Plan. Trois séries de difficultés semblent s'élever à l'encontre de la délimitation des contours des libéralités à caractère collectif. Elles peuvent aisément être surmontées une fois admis qu'il existe des libéralités intéressées (Chapitre I), des libéralités publiques (Chapitre II) et des techniques libérales originales (Chapitre III).

Chapitre I. L'existence de libéralités intéressées

25. Des hypothèses nombreuses. Lier les notions d'intérêt et de libéralité, au point de s'interroger sur l'existence de libéralités intéressées, peut surprendre. Dans une acception pure, l'intention libérale, socle des actes à titre gratuit, impliquerait le désintéressement, la générosité, l'altruisme. Une telle approche de l'élément moral des libéralités a été repoussée car elle condamnerait l'existence même de cette catégorie. Ce faisant, la frontière entre les actes à titre gratuit et les actes à titre onéreux ne pouvait en ressortir qu'obscurcie. Initiés par RIPERT et JOSSERAND¹⁶, les travaux consacrés à cette frontière sont nombreux¹⁷. De ces derniers, deux séries de difficultés propres aux libéralités à caractère collectif apparaissent¹⁸.

La première difficulté résulte des contreparties réciproques attachées à certains actes à titre gratuit. L'hypothèse est importante. De nombreuses charges grèvent les libéralités à caractère collectif qu'elles soient d'intérêt collectif – charge qui imposerait au groupement d'affecter un immeuble à la prise en charge des orphelins – ou d'intérêt particulier – charge obligeant le bénéficiaire à des charges confessionnelles. En réalité, toutes les libéralités à caractère collectif sont grevées de charges d'intérêt collectif, ne serait-ce qu'implicitement¹⁹. Or, JOSSERAND voyait déjà dans la stipulation de charges, l'existence de libéralités onéreuses²⁰. Plus encore, il percevait dans les obligations d'affectation, qu'il appelle affectation spéciale, l'illustration la plus forte du déclin du titre gratuit²¹.

Les difficultés de qualification ne s'arrêtent pas à la seule hypothèse des libéralités *sub modo*. Elles atteignent leur paroxysme lorsque celui qui consent un sacrifice poursuit la recherche d'un intérêt bien déterminé. Du côté des libéralités à caractère collectif, nombreux sont les philanthropes qui recherchent la satisfaction d'un intérêt particulier en gratifiant un organisme à but non lucratif. Le plus souvent, cet intérêt est moral et se comprend comme la satisfaction d'un désir personnel. Parfois cet intérêt est matériel et le gratifiant espère un certain retour sur

¹⁶G. RIPERT, *Répétitions écrites de droit civil approfondi et comparé : la notion de libéralité*, Paris : les Cours de droit, 1931 ; L. JOSSERAND, « Le déclin du titre gratuit », in *Évolutions et Actualités*, Conférences de droit civil, Liège, impr. G. Thone ; Paris, Sirey, 1936, p. 135 et s.

¹⁷V. notamment J. DUPICHOT, « Rapport de synthèse : la gratuité et le droit », *Gaz. pal.* 1999, n° 176, p. 930 et s. ; R. CABRILLAC, « La gratuité, rapport de synthèse », *RLDC* 2013, n° 110, p. 104 et s.

¹⁸Ces questions ne nous retiendront pas longtemps. De nombreux développements particuliers leur ont déjà été consacrés. V. notamment A. PONSARD, *Les donations indirectes en droit civil français*, Paris : Sirey, 1946, p. 19 et s. ; H. MÉAU-LAUTOUR, *La donation déguisée en droit civil français : contribution à la théorie générale de la donation*, préf. P. RAYNAUD, Paris : LGDJ, 1985, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 184, n°s 33 et s., p. 44 et s. ; N. PETERKA, *Les dons manuels*, préf. P. CATALA, LGDJ, 2001, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 355, n°s 27 et s., p. 23 et s.

¹⁹V. *infra*, n°s 181. et s.

²⁰L. JOSSERAND, art. précité.

²¹*Ibidem*.

investissement. Le mécénat d'entreprise en est l'illustration la plus importante au point qu'émerge aujourd'hui la notion de « philanthrocapitalisme »²².

Si pour JOSSERAND²³, RIPERT²⁴ et FLOUR²⁵, la notion de libéralité est relative²⁶ dans la mesure où une même opération peut, selon les cas, être qualifiée ou non de libéralité, un même constat s'impose à l'occasion de la comparaison d'opérations similaires. Alors que la qualification de libéralité est retenue en présence d'actes de mécénat, elle est refusée aux apports aux associations et aux parrainages culturels. Pourtant, toutes ces opérations présentent des traits communs et une seule qualification mérite d'être retenue : celle de libéralité à caractère collectif. La poursuite, voire la réalisation, d'intérêts ne constitue pas, en effet, une contrepartie réciproque de sorte que l'élément matériel des libéralités n'est pas altéré. La recherche d'intérêts est, de la même manière, compatible avec l'intention libérale, élément moral des libéralités²⁷.

Il existe alors une véritable gratuité intéressée²⁸. Les libéralités à caractère collectif y participent. Postuler qu'il existe des libéralités intéressées, c'est donc retenir qu'une libéralité peut exister en présence d'une contrepartie et qu'elle peut être motivée par la poursuite d'intérêts.

Plan. Les libéralités intéressées sont doublement admises de par la présence d'une contrepartie (Section I) et de par la recherche d'intérêts (Section II).

²²V. J.-C. RODA, « Un paradoxe : la gratuité en droit des affaires « ? », *RLDC* 2013, n° 110, p. 96 et s.

²³L. JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, t. 2, *Essai de téléologie*, Paris : Dalloz, 1928, rééd., préf. D. DEROUSSIN, Paris : Dalloz, 2006, coll. « Bibliothèque Dalloz », n°s 259 et s., p. 321 et s.

²⁴G. RIPERT, *op. cit.*, p. 33.

²⁵J. FLOUR, *Cours de droit civil : licence 4e année*, Paris : Les Cours de droit, 1963, p. 74 et s.

²⁶*Contra* F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Droit civil : Les successions, les libéralités*, 4^e éd., Paris : Dalloz, 2014, coll. « Précis. Droit privé », n° 266, p. 263.

²⁷C'est en général sur l'un ou l'autre des deux éléments que la qualification de libéralité est rejetée. V. J. FLOUR et H. SOULEAU, *Droit civil : Les libéralités*, par H. SOULEAU, Paris : Armand Colin, 1982, coll. « U Série Droit privé », 1982, n°s 33 et s., p. 19 et s., et n° 43 et s., p. 25 et s.

²⁸V. D. GUÉVEL, « La gratuité intéressée : oxymore d'avenir ? », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gilles Goubeaux*, Paris : Dalloz : LGDJ-Lextenso éd., 2009, p. 229 et s. *Adde* B. LECOURT, « La gratuité et le droit des affaires », *RTD com.* 2012, p. 455 et s. ; V. ÉGA, « Gratuité, intention libérale et désintéressement », *RLDC* 2013, n° 110, p. 93 et s. ; J. -C. RODA, art. précité ; N. MARTIAL-BRAZ, C. ZOLYNSKI (dir.), *La gratuité, un concept aux frontières de l'économie et du droit*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, 2013. *Adde* N. PETERKA, *op. cit.*, n°s 109 et s., p. 92 et s., qui s'intéresse à la compatibilité de la contrepartie morale et de la recherche d'un bénéficiaire futur avec la notion d'intention libérale.

Section I. La présence d'une contrepartie

Comprise comme la contre-prestation²⁹, la contrepartie symbolise l'avantage réciproque reçu par l'une des parties venant balancer son propre sacrifice. De prime abord, elle semble antinomique avec la définition de la libéralité et plus particulièrement avec son élément matériel compris comme un appauvrissement et un enrichissement corrélatif. Pourtant, libéralité et contrepartie sont compatibles.

Une fois cette compatibilité vérifiée, plusieurs conséquences peuvent en être tirées : le disposant peut grever sa libéralité de charges comme il peut rechercher la réalisation d'un avantage matériel ou moral.

Ainsi, la compatibilité de l'existence d'une contrepartie avec l'élément matériel (§1), conduit à s'attarder sur les conséquences de celle-ci (§2).

§1. La compatibilité de l'existence d'une contrepartie avec l'élément matériel

26. Contrepartie et acte à titre gratuit. S'attarder sur la notion de contrepartie est important. Elle est au cœur de la définition de libéralité et plus généralement de la distinction, vue par JOSSERAND comme « une clé de voûte de notre droit »³⁰, des actes à titre gratuit et des actes à titre onéreux. La notion d'acte mixte, catégorie intermédiaire retenue par POTHIER n'ayant pas été consacrée par les rédacteurs de 1804³¹, seule une confrontation des définitions de ces deux catégories d'actes permet d'en faire émerger les contours. L'article 1105 du Code civil, tel que défini par le projet d'ordonnance de réforme du droit des obligations, devrait procéder ainsi³². Selon ce texte :

Le contrat est à titre onéreux lorsque chacune des parties reçoit de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure.

Il est à titre gratuit lorsque l'une des parties procure à l'autre un avantage sans recevoir de contrepartie.

²⁹V. G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., Paris : PUF, 2014, coll. « Quadrige », v^o *Contrepartie* 1^o.

³⁰L. JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, *op. cit.*, n^o 254, p. 315.

³¹R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, 1821, rééd., préf. J.-L. HALPÉRIN, Paris : Dalloz, 2011, coll. « Bibliothèque Dalloz », n^o 12, p. 11.

³²V. Projet d'ordonnance pris en application de la loi n^o 2015-177 du 16 février 2015 habilitant le gouvernement à réformer le droit commun des contrats, le régime des obligations et le droit de la preuve.

La notion de contrepartie est le point central de la distinction. Cependant, une telle définition est largement incomplète³³ et incompatible avec notre droit positif³⁴.

La définition, que donne l'actuel article 1105 du Code civil des actes à titre gratuit, est tautologique³⁵ :

Le contrat de bienfaisance est celui dans lequel l'une des parties procure à l'autre un avantage purement gratuit.

D'aucuns admettent, en effet, que la définition posée par l'article 1105 du Code civil ne se borne pas à viser les seuls actes de bienfaisance, mais l'ensemble des actes à titre gratuit³⁶. Quant à la définition de l'acte à titre onéreux, si elle est précisée par l'article suivant, d'aucuns considèrent que ce texte correspond davantage à la définition des contrats synallagmatiques et voient dans l'article 1104 dudit code, siège de la définition du contrat commutatif, les éléments essentiels du titre onéreux³⁷. Ainsi, est à titre onéreux, l'acte par lequel :

chacune des parties s'engage à donner ou à faire quelque chose qui est regardé comme l'équivalent de ce qu'on lui donne, ou de ce qu'on fait pour elle³⁸.

Si dans l'acte à titre gratuit, l'avantage conféré est purement gratuit, dans l'acte à titre onéreux, cet avantage en appelle un second, réciproque, mais surtout équivalent. Réapparaît alors la notion de *contrepartie*. Simplement, celle-ci n'est pas antinomique de celle du titre gratuit³⁹. Plus encore que le concept de contrepartie, c'est celui d'équivalence qui va

³³Les définitions retenues reprennent, peu ou prou, celles des avant-projets dit Catala et Terré, à ceci près que ces derniers mettent l'accent sur l'élément intentionnel en précisant que l'acte est onéreux si la partie « entend recevoir de l'autre », mais à titre gratuit si elle « entend procurer à l'autre » (V. P. CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris : La documentation française, 2006, art. 1102-2) ; ou que « l'une des parties procure intentionnellement à l'autre un avantage » (V. F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats : réflexions et propositions d'un groupe de travail*, Paris : Dalloz, 2009, coll. « Thèmes & commentaires : actes », art. 10).

³⁴Sur l'admission des libéralités avec charges, V. *infra*, n° 29.

³⁵V. M. NICOD, « De la libéralité selon le Code civil », in *Leçons du droit civil : mélanges en l'honneur de François Chabas*, Bruxelles : Bruylant, 2011, p. 709 et s., n° 1.

³⁶V. notamment C. DEMOLOMBE, *Cours de Code napoléon*, t. 18, *Traité des donations entre-vifs et des testaments*, vol. 1, 4^e éd., Paris : A. Durand : L. Hachette et c^{ie}, 1872, n° 24, p. 23 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. 1, *Des obligations*, 3^e éd., Paris : L. Larose et Terrin, 1906, n° 16, p. 14 ; M. GRIMALDI, *Droit civil : Libéralités, partages d'ascendants*, Paris : Litec, 2000, n° 1000, p. 3.

³⁷En ce sens, V. notamment, M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, *Les Preuves ; théorie générale des obligations ; les contrats ; privilèges et hypothèques*, Paris : F. Pichon et Durand-Auzias, 1905, n° 952, p. 324 ; L. JOSSERAND, *Cours de Droit civil positif français, Théorie générale des obligations*, t. 2, *Théorie générale des obligations - Les principaux contrats du droit civil - Les sûretés*, 3^e éd., Paris : Sirey, 1939, n° 27, p. 27 ; R. CASSIN, *Droit civil approfondi et comparé : les libéralités avec charge et les fondations*, Paris : les Cours de droit, 1939, p. 199 ; J-F. OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, Paris : LGDJ, 1969, p. 187 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil : Les obligations*, t. 1, *Les sources*, 2^e éd., Paris : Sirey, 1988, n° 66B, p. 63 ; H., L. et J. MAZEAUD et, F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 2, *Obligations*, 9^e éd., par F. CHABAS, Paris : Montchrestien, 1998, n° 103, p. 93 ; C. LARROUMET et S. BROS, *Traité de droit civil*, t. 3, *Les obligations, le contrat*, 7^e éd., Paris : Economica, 2014, coll. « Corpus. Droit privé », n° 191, p. 163.

³⁸Nous soulignons.

³⁹V. M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 5, *Donations et testaments*, 2^e éd., par A. TRASBOT et Y. LOUSSOUARN, Paris : LGDJ, 1957, n° 9, p. 14.

l'emporter⁴⁰. *L'acte à titre onéreux commande une contrepartie équivalente tandis que l'acte à titre gratuit est incompatible avec cette dernière*. Aussi, seul un raccourci peut-il conduire à conclure que l'acte gratuit implique un avantage sans contrepartie.

27. Contrepartie et libéralité. Si la notion de contrepartie est au cœur de la définition de l'acte à titre gratuit, elle l'est également de celle de libéralité qui compose, avec l'acte de bienfaisance⁴¹, cette première catégorie. La libéralité est désormais définie à l'article 893 du Code civil aux termes duquel :

La libéralité est l'acte par lequel une personne dispose à titre gratuit de tout ou partie de ses biens ou de ses droits au profit d'une autre personne.

Issue de la réforme de 2006, cette disposition vient combler une lacune importante du Code de 1804 qui ne la définissait pas⁴². De prime abord, la notion de contrepartie n'apparaît pas clairement dans la définition de la libéralité. Pour autant, appartenant à la catégorie plus large des actes à titre gratuit, les éléments de qualification de cette dernière se retrouvent nécessairement en matière de libéralités. De surcroît, la notion est implicitement contenue dans *l'élément matériel*, impératif à la caractérisation de tels actes. Ce dernier est classiquement entendu comme un appauvrissement du disposant et un enrichissement corrélatif du bénéficiaire⁴³, c'est-à-dire comme un « transfert de valeur unilatéral »⁴⁴. Or, cette rupture d'équilibre ne se comprend qu'en l'absence de contrepartie au dépouillement du disposant⁴⁵.

⁴⁰Il a été soutenu que la notion contrepartie contiendrait en elle-même celle d'équivalence. En ce sens, V. A. SÉRIAUX, *Les successions, Les libéralités*, 2^e éd., Paris : PUF, 1993, coll. « Droit fondamental. Droit civil », n° 58, p. 99. *Contra* L. JOSSEMAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, op. cit., n° 293, p. 370, selon lequel un tel raisonnement revient à confondre titre onéreux et synallagmatique. Sur l'indépendance des deux distinctions, V. F. CHÉNÉDÉ, *Les commutations en droit privé : contribution à la théorie générale des obligations*, préf. A. GHOZI, Paris : Economica, 2008, coll. « Recherches juridiques », t. 17, n° 208, p. 195.

⁴¹Encore appelé actes de services gratuits. Sur cette notion, V. C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français*, t. 10, 6^e éd., par P. ESMEIN, Paris : Ed. techniques, 1954, n° 644, p. 392, selon lesquels le contrat de service gratuit est « celui par lequel on promet à autrui de faire pour lui un travail matériel ou intellectuel ou de le faire profiter de ses connaissances ou relations ». *Adde* M. BOITARD, *Les contrats de services gratuits*, préf. P. ESMEIN, Paris : Sirey, 1941.

⁴²Sur cette question, V. M. NICOD, art. précité, n°s 5 et s.

⁴³V. M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 5, *Donations et testaments*, 2^e éd., par A. TRASBOT et Y. LOUSSOUARN, Paris : LGDJ, 1957, n° 9, p. 14 ; J. VALLOIR, *Essai sur la notion d'acte à titre gratuit : étude de technique juridique*, Rennes : impr. de Oberthur, 1919, p. 33 ; A. SÉRIAUX, op. cit., n° 57, p. 98 ; M. GRIMALDI, *Droit civil : Libéralités, partages d'ascendants*, Paris : Litec, 2000., n° 1001, p. 4 ; F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *Droit civil : Les successions, les libéralités*, 3^e éd., Paris : Dalloz, 1997, coll. « Précis. Droit privé », n° 249, p. 210 (non repris tel quel dans la dernière édition). Il a été soutenu que la notion d'enrichissement ne devait pas être entendue dans son sens commun, mais devait être comprise comme l'augmentation de la puissance d'action du bénéficiaire, V. J. VALLOIR, *idem*, p. 72.

⁴⁴V. G. RIPERT, *Répétitions écrites de droit civil approfondi et comparé : la notion de libéralité*, Paris : les Cours de droit, 1931, p. 208 ; R. SAVATIER, obs. ss Civ. 1^{re}, 21 octobre 1973, *RTD civ.* 1975, p. 756 ; A. SÉRIAUX, op. cit., n° 56, p. 97 ; H., L. et J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 2, *Obligations*, op. cit., n° 101, p. 91.

⁴⁵Dans le même sens, V. F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Droit civil : Les successions, les libéralités*, 4^e éd., Paris : Dalloz, 2014, coll. « Précis. Droit privé », n° 254, p. 252.

Cette définition classique du critère matériel a récemment été réaffirmée par la Cour de cassation en matière de mise à disposition gratuite d'un logement⁴⁶. Elle n'en demeure pas moins critiquable⁴⁷, en ce qu'elle revient à exclure du giron des libéralités de nombreux actes en raison de leur modicité et de l'absence d'appauvrissement du disposant comme les oboles et les aumônes. Certains auteurs refusent d'y voir des libéralités⁴⁸. Pourtant, la modicité ne chasse pas la qualification de libéralité. La Cour de cassation a pu l'affirmer⁴⁹. La modicité exclut uniquement les règles applicables aux libéralités⁵⁰. Appréhendées avec méfiance en ce qu'elles emportent généralement un appauvrissement injustifié voire suspect du disposant, les libéralités sont soumises à un régime lourd et complexe. Dès lors qu'elles portent sur des biens modiques, ces règles n'ont plus lieu d'être appliquées⁵¹.

Aussi, conviendrait-il de retenir une approche différente de l'élément matériel. Ce dernier peut être recherché dans le critère de distinction des libéralités et des actes de bienfaisance. La doctrine classique définit, effectivement, ces seconds à l'aune des premiers. Dans l'acte de bienfaisance, il n'existerait qu'un manque à gagner, mais non de véritable enrichissement ou appauvrissement puisqu'à la différence de la libéralité, l'acte de bienfaisance ne conduit à

⁴⁶V. Civ. 1^{re}, 18 janvier 2012, n° 09-72.542, *Bull. civ. I*, n° 8 ; *Dr. famille* 2012, comm. 50, note B. BEIGNIER ; *RTD civ.* 2012, p. 353, obs. M. GRIMALDI ; *JCP G* 2012, 513, note F. SAUVAGE.

⁴⁷Sur le caractère « fuyant, voire insaisissable » de l'élément matériel pris comme un appauvrissement et un enrichissement corrélatif, V. J. FLOUR, H. SOULEAU, *op. cit.*, n° 32, p. 19.

⁴⁸V. notamment C. DEMOLOMBE, *Cours de code napoléon*, t. 20, *Traité des donations entre-vifs et des testaments*, vol. 3, 4^e éd., Paris : A. Durand : L. Hachette et c^{ie}, 1873, n° 59, p. 52 ; G. PACILLY, *Le don manuel*, préf. H. LEMONNIER, Paris : Dalloz, 1936, n° 10, p. 26. *Adde* J. CARBONNIER, note ss Civ., 30 décembre 1952, *Defrénois* 1953, art. 27147 (les gratifiants seraient dépourvus d'intention libérale, ces actes seraient alors l'expression d'un devoir de charité ou l'exécution d'une obligation naturelle). *Comp.* J. VALLOIR, *op. cit.*, p. 37 (ces actes devraient s'analyser comme des actes de bienfaisance ou de charité). *Contra* G. RIPERT, *op. cit.*, p. 218 et s. ; J.-J. DUPEYROUX, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, préf. J. MAURY, Paris : LGDJ, 1955, n° 404, p. 403. *Adde* à propos des présents d'usages, H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 4, *Successions, Libéralités*, 5^e éd. par L. LEVENEUR et S. MAZEAUD-LEVENEUR, Paris : Montchrestien, 1999, n° 1328, p. 548 ; Ph. MALAURIE et C. BRENNER, *Les successions, Les libéralités*, 6^e éd., Issy-les-Moulineaux : Defrénois-Lextenso éd., 2015, coll. « Droit civil », n° 386, p. 196 ; M. NICOD, « Les libéralités ordinaires : Formalisme des donations », in M. GRIMALDI (dir.), *Droit patrimonial de la famille*, 5^e éd., Paris : Dalloz, 2014, coll. « Dalloz Action », n° 310-12, p. 806.

⁴⁹V. Com., 5 octobre 2004, n° 03-15.709, *Bull. civ. I*, n° 178 ; *Defrénois* 2005, p. 132, note A. CHAPPERT ; *RTD com.* 2005, p. 372, obs. L. GROSCLAUDE ; *RLDC* 2004, p. 50, n° 11, obs. F. LEANDRI ; *D.* 2005, p. 2123, obs. M. NICOD. Selon la Haute juridiction, « l'article 834 du Code civil n'opérant pas de distinction sur la valeur de la chose aliénée, la modicité des sommes données ne suffit pas à exclure la qualification de libéralité qui pourrait leur être attribué ». Or, dans leur pourvoi, les demandeurs soulevaient que la donation supposait un appauvrissement et un enrichissement corrélatif.

⁵⁰Ainsi, le Code civil exclut du rapport les présents d'usage par exemple (C. civ., art. 852), consacrant implicitement qu'il puisse revêtir la qualification de libéralité.

⁵¹V. J. FLOUR, *Cours de droit civil : licence 4e année*, Paris : Les Cours de droit, 1963, p. 49. *Adde* M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1018, p. 31 ; N. PETERKA, *Les dons manuels*, préf. P. Catala, LGDJ, 2001, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 355, n° 107, p. 89.

aucun transfert patrimonial réel⁵². Fort de cela, un auteur⁵³ définit la donation⁵⁴ comme l'abandon gratuit par cession ou renonciation⁵⁵, c'est-à-dire par aliénation ou abdication⁵⁶, d'un droit patrimonial principal⁵⁷, qu'il s'agisse d'un droit réel ou d'un droit de créance. Une telle définition est incomplète faute de prendre en compte la notion de contrepartie. Finalement, le *critère matériel* de la libéralité peut être défini comme *l'abandon d'un droit réel sans contrepartie équivalente*⁵⁸.

28. Équivalence et cause. Reste à savoir comment doit être entendue l'idée d'équivalence. L'approche de celle-ci peut être objective. L'hypothèse est rare tant il est délicat de déterminer des critères véritablement exacts d'appréciation⁵⁹. Plus souvent, l'approche de l'équivalence est subjective. Fidèle au texte de l'actuel article 1104 du Code civil, est équivalent ce qui est « regardé » comme tel par l'autre partie⁶⁰. Peu importe alors le déséquilibre objectif dont souffriraient les deux prestations.

Une telle approche se retrouve sur le terrain de la cause de l'obligation. En matière de contrats à la fois à titre onéreux et synallagmatiques, il est en effet enseigné que la cause de

⁵²D'autres expressions ont pu être préférées comme celle de « dépouillement d'un élément du patrimoine » (V. M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t 6, *Obligations*, Première partie, avec le concours de P. ESMEIN, Paris : LGDJ, 1930, n° 37, p. 44), ou encore de « transfert (gratuit) de propriété » (V. Ph. MALAURIE et C. BRENNER, *op. cit.*, n° 315, p. 156), ou de « transfert d'un droit réel », (V. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. 2, *Sources des obligations (suite)*, Paris : A. Rousseau, 1923, n° 916 ; J. CHAMPEAUX, *Étude sur la notion juridique de l'acte à titre gratuit en droit civil français*, Mâcon : J. Buguet-Comptour, 1931, p. 16 et s., et p. 128 et s. ; H., L. et J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 4, *Successions, Libéralités*, *op. cit.*, n° 1326, p. 547).

⁵³V. J.-J. DUPEYROUX, *op. cit.*, n° 303, p. 305.

⁵⁴Pour la doctrine majoritaire le testament, acte juridique pour cause de mort, est nécessairement par nature un acte gratuit et une libéralité (V. G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. COLIN, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. 10, *Des donations entre vifs et des testaments*, 3^e éd., Paris : L. Larose et Terrin, 1905, n° 31, p. 11 ; J. HAMEL, *La notion de cause dans les libéralités : étude de la jurisprudence française et recherche d'une définition*, Paris : Le Tenin, 1920, p. 36 ; J. MAURY, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, Paris : Jouve, 1920, p. 231), encore qu'il a été soutenu que le testament, par essence gratuit, peut contenir des stipulations intéressées de sorte que la gratuité automatique du testament ne va pas de soi (M. BOUYSSOU, *Les libéralités avec charges en droit civil français*, préf. G. MARTY, Paris : Sirey, 1947, n° 115, p. 201).

⁵⁵L'auteur vise ainsi les donations par voie de renonciation, dont il est admis de longue date qu'elles puissent constituer des libéralités. V. V. DUNAUD, *Les libéralités par voie de renonciation*, thèse de doctorat en droit, Limoges : Université de Limoges, 2000.

⁵⁶Sur l'effet abdicatif de la renonciation, V. *ibidem*, n° 4, p. 3 et s. Adde P. RAYNAUD, « La renonciation à un droit, sa nature et son domaine en droit civil » *RTD civ.* 1936, p. 763 et s., n°s 22 et s.

⁵⁷Dans le même sens, V. J. FLOUR, *op. cit.*, p. 47 ; J. FLOUR, H. SOULEAU, *op. cit.*, n° 32, p. 18.

⁵⁸Dans la mesure où les droits de créances sont des biens, objets de droits réels, il n'est pas utile de passer par le droit principal patrimonial pour définir la libéralité (Comp. J.-F. OVERSTAKE, *op. cit.*, p. 217 et s., pour lequel « la donation détache du patrimoine un droit réel préexistant (droit réel, droit intellectuel et droit de créance) »). De la même manière, la référence aux « biens et droits » dans la définition de l'article 893 Civil civil est inopportune puisque les seconds appartiennent aux premiers. Dans le même sens, V. M. NICOD, art. précité, n° 11. Adde P. VOIRIN et G. GOUBEAUX, *Droit civil*, t. 2, *Régimes matrimoniaux, successions libéralités*, 28^e éd., par P. VOIRIN, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso éd., 2014, coll. « Manuel », n° 656, p. 270, qui y voit « une redondance inutile ».

⁵⁹De prime abord, l'existence d'un marché devrait permettre de poser de tels critères. Pour autant, un auteur estime que la construction d'un marché parfait est essentiellement théorique et que souvent il n'y a pas de marché du tout, V. J. MAURY, *op. cit.*, p. 158.

⁶⁰V. J.-F. OVERSTAKE, *op. cit.*, p. 198 et s. D'après cet auteur, l'avantage consiste dans le défaut d'équivalence volontaire entre les obligations réciproques des parties ou dans la création volontaire d'une obligation sans contrepartie. Adde F. CHÉNÉDÉ, *Les commutations en droit privé : contribution à la théorie générale des obligations*, préf. A. Ghozi, Paris : Economica, 2008, coll. « Recherches juridiques », t. 17, n° 337, p. 317 et s.

l'obligation de l'un se trouve dans la contre-prestation de l'autre⁶¹. Sauf la contrepartie dérisoire et illusoire⁶², les obligations réciproques se servent de cause nonobstant l'absence d'équivalence objective entre elles. La cause des libéralités ne peut alors être recherchée dans la prestation équivalente.

De la compatibilité entre la contrepartie et la notion de libéralité découle plusieurs conséquences.

§2. Les conséquences de l'existence d'une contrepartie

La notion de contrepartie est au cœur des libéralités à caractère collectif. D'abord, toutes les libéralités à caractère collectif reposent sur le mécanisme de la libéralité avec charge. Or, la charge n'est rien d'autre qu'une contrepartie imposée au bénéficiaire de la libéralité. La libéralité avec charge n'est pas nécessairement un acte à titre onéreux.

Ensuite, la pratique et la jurisprudence refusent de voir dans plusieurs institutions – apports aux associations et parrainage culturel – de véritables libéralités retenant l'existence de contreparties réciproques. Chaque fois, celui qui se dépouille poursuit, en effet, la recherche d'un avantage qu'il soit moral – apport – ou matériel – parrainage. À la suivre, cette position conduit à retenir que tout avantage constitue une contrepartie. D'emblée, la notion même de contrepartie morale étonne. Elle doit être rejetée. La qualification des apports aux associations s'en trouve modifiée⁶³. Par ailleurs, l'idée que tout avantage matériel peut constituer une contrepartie doit également être écartée, ce qui n'est pas sans incidence sur la qualification du parrainage culturel⁶⁴.

Dès ce stade, deux séries de difficultés se rattachant à la question de la contrepartie en matière de libéralité apparaissent. Elles résultent soit de la stipulation d'une charge (A), soit de la recherche d'un avantage (B).

⁶¹V. F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil : Les obligations*, 11^e éd., Paris : Dalloz, 2013, coll. « Précis. Droit privé », n° 340, p. 384.

⁶²V. *ibidem*, n° 354, p. 404.

⁶³V. *infra*, n^{os} 130. et s.

⁶⁴V. *infra*, n^{os} 144. et s.

A. La stipulation d'une charge

29. L'admission des libéralités avec charges. La validité des libéralités avec charges n'a jamais été discutée. Non expressément visée par le Code civil, leur licéité découlerait de l'article 954, qui vise la révocation pour inexécution des conditions⁶⁵. Seule une obligation peut être exécutée et non une condition. Or, la charge, ou mode⁶⁶, se définit comme « une obligation imposée au gratifié par le disposant, qui manifeste sa volonté et en exige l'exécution »⁶⁷. Elle peut tout aussi bien obliger à faire, à ne pas faire ou encore à donner quelque chose. La libéralité avec charge contient une contrepartie réciproque, elle constitue un acte synallagmatique⁶⁸.

30. Le risque de disqualification selon le montant de la charge. Si JOSSERAND voyait dans les libéralités avec charges « teintées du titre onéreux », de véritables « libéralités onéreuses » participant à l'expression du déclin du titre gratuit⁶⁹, seuls de rares auteurs sont favorables à leur requalification en acte à titre onéreux⁷⁰. Au contraire, la majorité de la doctrine s'accorde pour y voir des actes à titre gratuit tant que la charge n'est pas équivalente à l'avantage concédé réciproquement et que la partie qui l'impose est animée d'une intention libérale. Au contraire, la libéralité doit être disqualifiée en acte à titre onéreux lorsque la charge englobe la totalité de l'émolument⁷¹. Il s'agit alors d'un cas d'équivalence objective, qui exclut nécessairement la libéralité⁷². En ce sens, de très nombreuses fondations de messes

⁶⁵V. M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 5, n° 272, p. 372 ; M. BOUYSSOU, *op. cit.*, n° 1, p. 2 ; H., L. et J., MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 4, *op. cit.*, n° 1405, p. 600. Les libéralités *sub modo* ont toujours été admises. Dès le droit romain, les libéralités peuvent être grevées d'un *modus*. L'ancien droit les admet aussi, même si elles perdent de leur intérêt en raison de la reconnaissance de la possibilité de réaliser directement une fondation. Pourtant, les rédacteurs du Code civil n'y consacrent que quelques articles. Ils le font sans recourir à la notion de « charge », mais en désignant seulement celle de « conditions ». Les travaux préparatoires ne permettent pas de comprendre une telle confusion. Pourtant, les auteurs estiment qu'il ne s'agit que d'une erreur de plume. Le Code civil, en tranchant les différentes théories de l'ancien droit et du droit romain sur la question de la sanction de l'inexécution de la charge, consacrerait nécessairement cette modalité. V. M. BOUYSSOU, *op. cit.*, n°s 11 et s., p. 17 et s.

⁶⁶*Modus* en latin, d'où les libéralités *sub modo*.

⁶⁷V. M. BOUYSSOU, *op. cit.*, n° 36, p. 48

⁶⁸L'existence d'un acte synallagmatique pu être contestée dans le passé. Sur ces anciens débats, V. M. BOUYSSOU, *op. cit.*, n°s 37 et s., p. 50 et s.

⁶⁹L. JOSSERAND, « Le déclin du titre gratuit », in *Évolutions et Actualités*, Conférences de droit civil, Liège, impr. G. Thone ; Paris, Sirey, 1936, p. 135 et s. Comp. G. RIPERT, *Répétitions écrites de droit civil approfondi et comparé*, *op. cit.*, p. 252, qui considère que « la donation avec charge [participe] à la nature des actes à titre onéreux ».

⁷⁰V. J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, préf. J. GHESTIN, Paris : LGDJ, 1999, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 311, n° 607, p. 546, qui y voit de « fausses libéralités » ; F. CHÉNÉDÉ, *op. cit.*, n° 207, p. 194.

⁷¹V. C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français*, t. 10, 6^e éd., par P. ESMEIN, Paris : Éd. techniques, 1954, n° 644, p. 394 ; M. BOUYSSOU, n° 107, p. 185. ; J.-J. DUPEYROUX, *op. cit.*, n° 18, p. 25 ; J. FLOUR et H. SOULEAU, *op. cit.*, n° 143, p. 94 ; M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1197, p. 135.

⁷²En ce sens, V. notamment M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1001, p. 5.

ont été requalifiées, par la jurisprudence au XIX^e siècle, en acte à titre onéreux⁷³. L'émolument était vu comme la rémunération de celui chargé de dire les messes⁷⁴.

Une limite s'impose lorsque la charge est stipulée au profit du gratifié et qu'elle est conforme à sa vocation⁷⁵. Selon PLANIOL⁷⁶, dans la mesure où la charge augmente sa « puissance d'action », le gratifié en ressort incontestablement enrichi⁷⁷. En d'autres termes, la charge imposée dans l'intérêt du gratifié, quelle que soit son importance, ne saurait porter atteinte à la nature gratuite de l'acte qu'elle grève⁷⁸. Les charges d'affectation, grevant les libéralités à caractère collectif, sont donc sans incidence sur leur nature gratuite.

Plutôt que grever sa libéralité d'une charge, le disposant peut rechercher la réalisation d'un avantage.

B. La recherche d'un avantage

Si la charge assortissant une libéralité constitue, sans nul doute, une contrepartie réciproque, il est possible de se demander si une telle contrepartie est caractérisée chaque fois que celui qui consent à l'abandon d'un droit réel retire un quelconque avantage de l'opération. Cet avantage peut être de deux ordres : matériel (1) ou moral (2).

1. L'avantage matériel

31. Le rejet de l'avantage indirect : la nécessité de sacrifices réciproques. De prime abord, il est aisé de retenir le caractère onéreux d'un acte par lequel l'une des parties abandonne un droit dans la perspective d'en retirer un avantage matériel. La jurisprudence, confortée par la doctrine⁷⁹, le fait dans bien des matières⁸⁰. Pourtant, une telle affirmation doit

⁷³Un auteur a montré que cette requalification était motivée par de pures raisons d'opportunité juridique, à savoir faire sortir ces fondations de messes du giron de l'article 910 du Code civil qui imposait alors une autorisation administrative en la matière. V. R. CASSIN, *op. cit.*, p. 36.

⁷⁴Sur les fondations de messes, V. M. BOUYSSOU, *op. cit.*, n° 114, p. 195 et s. ; J.-J. DUPEYROUX, *op. cit.*, n° 20, p. 28.

⁷⁵V. M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1200, p. 139 ; R. CASSIN, *op. cit.*, p. 280 et s.

⁷⁶M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 3, *Régimes matrimoniaux ; successions ; donations et testaments*, 6^e éd., Paris : F. Pichon et Durand-Auzias, 1913, n° 3012, p. 774.

⁷⁷Adde A. GEOUFFRE de LAPRADELLE, *Théorie et pratique des fondations perpétuelles, histoire, jurisprudence, vues critiques, droit français et étranger*, Paris : V. Giard et E. Brière, 1895, p. 151, à propos des charges de fonder adressées à une personne morale.

⁷⁸V. J.-J. DUPEYROUX, *op. cit.*, n° 17, p. 25.

⁷⁹V. notamment J. FLOUR et H. SOULEAU, *op. cit.*, n° 43, p. 26.

⁸⁰D'abord, en matière de libéralités, la Cour de cassation a pu considérer par exemple qu'est conclue à titre onéreux la donation à une commune d'un terrain à charge d'y construire un immeuble devant contribuer à une plus-value des terrains conservés par le donateur (V. Civ., 19 juillet 1894, *D.* 1895, 1, p. 125). Ensuite, en matière de cautionnements intéressés, la Cour de cassation retient que le cautionnement consenti par une

être combattue sans quoi toutes les libéralités à caractère collectif conduisant à avantager matériellement le bienfaiteur devraient être disqualifiées. Or, de tels avantages sont courants : avantage fiscal attaché à certaines de ces libéralités⁸¹, retombées économiques attendues par toutes les entreprises mécènes.

De surcroît, requalifier de telles opérations serait oublier trop vite la définition de l'acte à titre onéreux donnée par l'article 1104 du Code civil. Ce dernier texte impose que chacune des parties s'engage envers l'autre ; chacune des parties doit donc concéder un avantage à l'autre. Pour le dire autrement, l'existence d'un avantage peut constituer une contrepartie seulement s'il constitue un sacrifice réciproque. La contrepartie équivalente n'est rien d'autre qu'un « équivalent-sacrifice »⁸². Le titre onéreux implique « une dualité de sacrifice »⁸³ tant en présence d'un contrat commutatif que d'un contrat aléatoire⁸⁴. *Tout avantage matériel ne saurait caractériser une contrepartie*, sauf à redéfinir cette catégorie d'acte⁸⁵. La contrepartie doit provenir du cocontractant. *L'avantage ne saurait être indirect*⁸⁶. L'avantage fiscal associé à l'opération, les retombées économiques attendues par le mécène, ne sont pas consentis par le bénéficiaire de l'acte. Il s'agit bien de libéralités. La qualification de libéralité ne devrait donc pas être refusée au parrainage culturel sous prétexte de l'existence de retombées économiques (réelles ou recherchées)⁸⁷.

Si l'on en vient à repousser la qualification du titre onéreux chaque fois que le bienfaiteur retire un avantage matériel à l'opération, il est logique de rejeter le principe même d'une contrepartie chaque fois que le disposant recherche un avantage moral.

société filiale garantissant la société mère ne relève pas des actes à titre gratuit en ce que la caution était intéressée par le financement du débiteur lequel pouvait participer à son propre développement (V. Com., 19 novembre 2013, n° 12-23.020, *Bull. civ.* n° 168 ; *RLDC* 2013, n° 112, p. 39, obs. J. CLAVEL-THORAVAL ; *D.* 2013, p. 2766, obs. A. LIENHARD ; *RTD com.* 2013, p. 697, obs. A. MARTIN-SERF).

⁸¹V. *infra*, n°s 190. et s. Comp. M. GRIMALDI, « Les donations à termes », in *Le droit français à la fin du XX^e siècle : études offertes à Pierre Catala*, Paris : Litec, 2001, p. 421 et s., n° 3, pour lequel « la jubilation fiscale y pollue, quand elle ne l'éclipse pas, l'intention libérale » à propos de certaines donations à terme.

⁸²V. J.-J. DUPEYROUX, *op. cit.*, n° 143, p. 159.

⁸³V. *ibidem*. Comp. J. CHAMPEAUX, *op. cit.*, p. 82 et s., pour lequel le gratifiant pourra retirer un avantage immédiat pourvu qu'il ne provienne pas d'une contrepartie fournie par le gratifié, précisant qu'un acte juridique ne peut jamais être qualifié qu'au regard des parties qui le font suivant leur but commun. Adde H. MÉAU-LATOUR, *La donation déguisée en droit civil français : contribution à la théorie générale de la donation*, préf. P. RAYNAUD, Paris : LGDJ, 1985, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 184., n° 81, p. 70 ; F. CHÉNÉDÉ, *op. cit.*, n° 197, p. 182.

⁸⁴V. A. MORIN, *Contribution à l'étude dans contrats aléatoires*, préf. A. GHOZI, Clermont-Ferrand, les Presses universitaires de la Faculté de droit de Clermont-Ferrand ; Paris, LGDJ, 1998, coll. « des thèses de l'École doctorale de Clermont-Ferrand », t. 5, n° 9, p. 6.

⁸⁵Pour une proposition en ce sens, V. J.-F. HAMELIN, « Les classifications du contrat », in M. LATINA et G. CHANTEPIE (dir.), *Réforme du droit des obligations*, blog Dalloz, 2015. Pour cet auteur « il importe peu au regard de la qualification de contrat conclu à titre onéreux que l'avantage soit reçu ou non du cocontractant ».

⁸⁶Selon une expression empruntée à M. GRIMALDI (*V. op. cit.*, n° 1003, p. 9).

⁸⁷V. *infra*, n°s 147. et s.

2. L'avantage moral

32. Contrepartie morale et équivalence : une incompatibilité. Contrepartie et avantage ne sont pas synonymes. Si les arguments soulevés précédemment s'appliquent également en présence d'un avantage moral, les raisons du rejet de ce type de contrepartie sont encore plus convaincantes⁸⁸. La contrepartie morale se heurte à la notion d'équivalence. S'intéressant aux contours de celle-ci, un auteur a montré qu'il ne saurait y avoir « d'équivalent juridiquement efficace que l'équivalent économique, c'est-à-dire pécuniairement appréciable »⁸⁹. Il rappelle qu'étymologiquement l'équivalence renvoie à l'égalité de valeur⁹⁰. Une telle approche est largement partagée en doctrine⁹¹, quoiqu'elle connaisse des détracteurs⁹².

33. Le rejet de la contrepartie morale par la jurisprudence antérieure. En outre, la question de savoir si un tel avantage pouvait constituer une contrepartie a retenu l'attention de différentes juridictions du fond et la Cour de cassation au XIX^e siècle à propos de la théorie dite des « *offres de concours* » avec l'Administration⁹³. Il s'agit d'une « offre par laquelle un particulier ou une personne publique s'engage à l'égard d'une autre personne publique à participer [...] à l'exécution d'une opération de travaux publics »⁹⁴. La rigidité du régime des actes à titre gratuit a guidé la solution. Si la qualification d'acte gratuit était retenue, ces offres risquaient d'être atteintes par la nullité à défaut d'authenticité. En revanche, en retenant l'onérosité de l'acte, l'offre était sauvée.

Dans un premier temps, la jurisprudence distingua selon que l'offrant avait ou non un intérêt à la réalisation de l'œuvre réalisée par l'Administration. L'existence d'un intérêt, fut-il moral,

⁸⁸Comp. N. PETERKA, *Les dons manuels*, préf. P. CATALA, LGDJ, 2001, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 355, n^{os} 110 et s., p. 92 et s.

⁸⁹V. J. MAURY, *op. cit.* p. 41.

⁹⁰V. *ibidem*, p. 157.

⁹¹V. M. BOUYSSOU, *op. cit.*, n^o 9, p. 12 ; H. SOULEAU, *L'acte de fondation en droit français*, thèse de doctorat en droit, Paris : Université de Paris, 1969, n^o 75, p. 135 ; H. MÉAU-LAUTOUR, *La donation déguisée en droit civil français : contribution à la théorie générale de la donation*, préf. P. RAYNAUD, Paris : LGDJ, 1985, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 184, n^o 38, p. 46 ; J. ROCHFELD, *op. cit.*, n^o 294, p. 266.

⁹²*Contra* R. DEMOGUE, *op. cit.*, n^o 916, p. 895 ; J.-J. DUPEYROUX, *op. cit.*, n^{os} 102 et s., p. 118 et s. ; M. BOITARD, *Les contrats de services gratuits*, préf. P. ESMEIN, Paris : Sirey, 1941, p. 142 et s. *Adde* J. CHAMPEAUX, *op. cit.*, p. 36 et 42, qui soutient que l'avantage moral pour avoir une efficacité devra avoir une « certaine importance, une certaine visibilité ».

⁹³V. Y. CHEVALLIER, *Nature juridique des offres de concours à un service public*, Meulan : impr. A. Réty 1923 ; B. POUJADE, « L'offre de concours », *RDP* 1985, p. 1625 et s. *Adde* A. FOUBERT, *Le don en droit*, thèse de doctorat en droit, Paris : Université Paris II, 2006, n^{os} 251 et s., p. 235 et s. Généralement les offres de concours sont utilisées pour la mise en œuvre de travaux publics, l'Administration n'est jamais tenue de réaliser ces offres. Seul l'offrant est obligé. En revanche, elle ne peut utiliser les biens reçus dans une finalité distincte. *Adde* N. JACQUINOT, « Les dons et legs aux personnes publiques », in N. JACQUINOT (dir.), *Le don en droit public*, Toulouse, Presse de l'Université de Toulouse ; Paris, LGDJ-Lextenso éd., 2013, coll. « Actes de colloque », t. 17, p. 65 et s., spéc. p. 66.

⁹⁴V. G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., Paris : PUF, 2014, coll. « Quadrige », v^o *Offre – de concours*.

commandait l'onérosité de l'acte. Dans une célèbre affaire, un offrant s'était proposé de participer à la réfection du clocher d'une église sous réserve que son carillon reproduise à l'identique le son qu'il avait lors de son enfance. Plutôt que d'y voir une simple charge, la Cour de cassation, dans un arrêt du 14 avril 1863, retient l'existence d'une contrepartie morale⁹⁵. Elle qualifia l'acte d'onéreux. Le risque d'une telle solution était évident : réduire à une peau de chagrin la catégorie des libéralités⁹⁶. De surcroît, retenir l'existence d'une contrepartie morale aboutissait à s'attacher à une conception pure de l'intention libérale, laquelle est désormais rejetée⁹⁷. Ainsi, certains auteurs ont appelé la Cour de cassation à abandonner sa solution⁹⁸, tout en proposant un régime dérogatoire propre aux offres de concours tenant à la spécificité de l'Administration⁹⁹.

Sensible à ces critiques, la Cour de cassation est, dans un second temps, revenue sur sa jurisprudence¹⁰⁰, abandonnant toute référence à une prétendue contrepartie morale à laquelle la doctrine était largement hostile¹⁰¹. ***L'avantage susceptible d'emporter la qualification du titre onéreux ne peut être que matériel***¹⁰².

Refuser qu'il puisse exister une contrepartie morale ne saurait conduire à faire fi des motivations poursuivies par le bienfaiteur. Il est incontestable que ce dernier poursuit, dans

⁹⁵Civ., 14 avril 1863, D. 1863, 1, p. 402 ; S. 1863, 1, p. 362.

⁹⁶V. M. BOUYSSOU, *op. cit.*, n° 9, p. 12. Pour une conséquence d'une telle approche en matière de congrégations religieuses, V. R. BRICHET, *Associations et syndicats, régime fiscal et social*, 6^e éd., Paris : Litec, 1992, n° 448, p. 171, pour lequel une telle conception reviendrait à refuser que les congrégations religieuses bénéficient de libéralités. *Adde* R. CASSIN, *op. cit.*, p. 205.

⁹⁷V. *infra*, n° 35.

⁹⁸V. M. ROMIEU, concl. ss CE, 9 mars 1906, *Gau. Bosc, Rec.*, p. 225. Plus tard, d'autres auteurs ont défendu cette position considérant que l'offre de concours est une libéralité avec charge au profit du gratifié (V. J. CHAMPEAUX, *op. cit.*, p. 32 et s. ; J.-J. DUPEYROUX, *op. cit.*, n° 75, p. 90 ; M. BOUYSSOU, *op. cit.*, n° 40, p. 57 et s.). Une telle position n'est pas unanime. Il a été soutenu que dans l'offre de concours, l'offrant doit être intéressé à la réalisation de l'œuvre sans quoi il y a une donation (T. TISSIER, *Traité théorique et pratique des dons et legs aux établissements publics ou d'utilité publique : aux congrégations et communautés religieuses, aux associations syndicales, aux syndicats professionnels, aux pauvres, aux communes, aux départements, aux colonies et à l'État*, t. 2, *Acceptation des dons et legs – autorisation préalable*, Paris : P. Dupont, 1896, p. 354. *Adde* G. JEZE, *Les principes généraux du droit administratif*, t. 2, *La notion de service public, les individus au service public, le statut des agents publics*, 3^e éd., Paris : M. Giard, 1930, rééd., Paris : Dalloz, 2004, p. 924). Un auteur affirme encore que l'offre de concours se définit comme « la souscription d'un engagement conditionnel de contribuer à une opération administrative à laquelle il trouve intérêt », ce qui distinguerait cette offre d'une donation avec charge (V. L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 9^e éd., Paris : LGDJ-Lextenso éd., 2014, coll. « Manuel », n° 132, p. 74. *Adde* B. POUJADE, art. précité ; « Retour sur l'offre de concours », in *Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Richer : à propos des contrats des personnes publiques*, Paris : LGDJ-Lextenso éd., 2013, p. 238 et s.).

⁹⁹Ce qui expliquerait l'absence d'action en exécution en nature et la validité de l'offre nonobstant le non-respect de la forme notariée des libéralités. Les mêmes justifications expliquent pourquoi les subventions publiques peuvent recevoir la qualification de libéralités et jouir d'un régime particulier (V. *infra*, n° 53.).

¹⁰⁰V. Civ., 8 novembre 1911, D. 1911, 1, p. 289 ; Req., 17 novembre 1919, D. 1922, 1, p. 84 ; Civ., 19 juillet 1921, D. 1922, 1, p. 84.

¹⁰¹V. M. PLANIOL et G. RIPERT, *op. cit.*, n° 315, p. 432 ; J.-J. DUPEYROUX, *op. cit.*, n° 97, p. 114 ; H. SOULEAU, *L'acte de fondation en droit français*, *op. cit.*, n°s 75 et s., p. 135 et s. ; J. FLOUR et H. SOULEAU, *op. cit.*, n° 44, p. 26. Et en matière d'apport aux associations, V. G. DELESALLE, *Les apports aux associations*, Paris : Jouve, 1944, n° 27, p. 31.

¹⁰²Reste que la jurisprudence, de manière critiquable, retenait le titre gratuit dès que l'offre de concours conduisait à un avantage matériel indirect pour l'offrant.

l'hypothèse des offres de concours, la réalisation d'un objectif. Il est intéressé par la libéralité. Il en va de même lorsque le disposant retire un avantage matériel de l'acte, sans que ce dernier ne constitue un sacrifice réciproque. C'est donc que la poursuite d'un intérêt n'est pas incompatible avec la notion de libéralité.

Section II. La recherche d'intérêts

34. Intérêts et mobiles. Défini comme « ce qui importe [...] : considération d'ordre moral [...] ou économique », la notion d'intérêt est généralement associée à celle de motif et de mobile¹⁰³. Ainsi, en contractant, chacune des parties poursuit, à plus ou moins long terme, la réalisation de certains buts. Ce sont les mobiles juridiques, mobiles buts ou mobiles téléologiques, que JOSSERAND distingue des mobiles intrinsèques ou organiques, qui renvoient à la cause objective¹⁰⁴, c'est-à-dire à l'acte juridique lui-même¹⁰⁵. Or, de tels mobiles buts se retrouvent aussi bien dans les actes à titre gratuit que dans les actes à titre onéreux¹⁰⁶. Dès ce stade, il apparaît que la recherche d'un intérêt, la poursuite d'une certaine finalité, ne peut pas être incompatible avec la notion même de libéralité. Pourtant, c'est au regard de l'élément moral compris comme l'intention libérale que la question se pose. Une fois la difficulté dépassée, deux conséquences en découlent. D'abord, cette admission est un préalable nécessaire à la reconnaissance de la qualité de disposant à une personne morale qui ne saurait gratifier sans rechercher ses propres intérêts. Une personne morale peut être animée d'une véritable intention libérale. Ensuite, il est classique d'associer les notions d'intérêt et de cause. Or, la question de la cause des libéralités a toujours été débattue.

Ainsi, la compatibilité de la recherche d'intérêts avec l'élément moral (§1), conduit à s'attarder sur les conséquences de celle-ci (§2).

¹⁰³V. G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., Paris : PUF, 2014, coll. « Quadrige », v^o *Intérêt 1^o*.

¹⁰⁴L. JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, t. 2, *Essai de téléologie*, Paris : Dalloz, 1928, rééd., préf. D. DEROUSSIN, Paris : Dalloz, 2006, coll. « Bibliothèque Dalloz », n^o 16, p. 27.

¹⁰⁵Sur la notion de cause comme élément de catégorisation, V. L. BOYER, *La notion de transaction : contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, préf. J. MAURY, Paris : Sirey, 1947. *Adde* J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, préf. J. GHESTIN, Paris : LGDJ, 1999, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 311.

¹⁰⁶Sur le rôle des mobiles sur le titre onéreux et le titre gratuit, V. L. JOSSERAND, *op. cit.*, n^{os} 254 et s., p. 315 et s.

§1. La compatibilité de la recherche d'intérêts avec l'élément moral

35. L'approche abstraite de l'intention libérale. S'interroger sur la compatibilité entre la notion d'intérêt et celle de libéralité impose de s'attarder sur le second élément caractéristique de cette catégorie : *l'élément moral, à savoir l'intention libérale*¹⁰⁷. Doctrine et jurisprudence en ont, effectivement, toujours fait une condition essentielle de toute libéralité¹⁰⁸. Ainsi doit se comprendre l'article 1105 du Code civil lorsqu'il définit l'acte gratuit comme celui qui procure un avantage « gratuitement »¹⁰⁹. Pour retenir la qualification de libéralité, il faut une *intention de gratifier*. La Cour de cassation l'a encore récemment rappelé en matière de mise à disposition d'un immeuble¹¹⁰. Partant, la récente définition de la libéralité, posée par l'article 893 du Code civil, étonne en ce qu'elle fait fi de cet élément¹¹¹.

Deux approches de l'intention libérale se sont succédé en doctrine¹¹². Dans un premier temps, une conception affective – subjective – a été retenue. Ainsi, selon une définition traditionnelle, le disposant doit être animé de la volonté de préférer autrui à lui-même¹¹³. En d'autres termes, l'intention libérale se confond avec le désintéressement¹¹⁴. Une telle approche a été critiquée car sa stricte application reviendrait à supprimer toute libéralité

¹⁰⁷Certains auteurs considèrent que les deux éléments (matériel et moral) ne sont pas sur un pied d'égalité. En ce sens, sur la primauté de l'élément intentionnel, V. L. JOSSERAND, *op. cit.*, n° 293, p. 368 ; R. CASSIN, *Droit civil approfondi et comparé : les libéralités avec charge et les fondations*, Paris : les Cours de droit, 1939, p. 205.

¹⁰⁸V. Req., 27 juin 1887, *D.* 1888, 1, p. 303 ; Req, 9 décembre 1913, *D.* 1919, 1, p. 29. À lui seul, l'élément matériel est insuffisant. Faute d'intention libérale le contrat sera nul sur le terrain de la contrepartie illusoire ou dérisoire. L'intention libérale doit donc être caractérisée, c'est-à-dire, rapportée par les parties. Le contrat sera toujours présumé onéreux (V. Y. FLOUR, F.-J. PANSIER, « Les libéralités ordinaires : Règles de fonds des donations : objet et cause », in M. GRIMALDI (dir.), *Droit patrimonial de la famille*, 5e éd., Paris : Dalloz, 2014, coll. « Dalloz Action », n°s 313.25 et s. p. 866). La jurisprudence est également en ce sens (V. Req, 27 juin 1887, *D.* 1888, 1, p. 303 : « la volonté de donner ou de léguer est de l'essence des dispositions à titre gratuit » ; Req, 9 décembre 1913, *D.* 1919, 1, p. 29 : « une libéralité n'existe qu'autant qu'on rencontre chez le donateur l'intention de gratifier »). Une telle intention est appréciée souverainement par les juges du fond (V. Civ. 1^{re}, 12 juin 1967, *D.* 1967, p. 584, note BRETON ; *JCP* 1967, II 10807, note P. VOIRIN). La Cour de cassation est venue préciser que l'intention libérale ne saurait être déduite du seul déséquilibre entre les engagements respectifs (V. Civ. 1^{re}, 14 février 1989, n° 87-14.205, *Bull. civ.* I, n° 79).

¹⁰⁹Pour un auteur, le texte pose une définition tronquée de l'acte de bienfaisance en n'insistant pas sur ce second élément (V. M. NICOD, « De la libéralité selon le Code civil », in *Leçons du droit civil : mélanges en l'honneur de François Chabas*, Bruxelles : Bruylant, 2011, p. 709 et s., n° 1).

¹¹⁰V. Civ. 1^{re}, 18 janvier 2012, n° 09-72.542, *Bull. civ.* I, n° 8 ; *Dr. famille* 2012, comm. 50, note B. BEIGNIER ; *RTD civ.* 2012, p. 353, obs. M. GRIMALDI ; *JCP G* 2012, 513, note F. SAUVAGE.

¹¹¹V. M. NICOD, art. précité, n° 9.

¹¹²Sur celles-ci, V. S. LAMBERT, *L'intention libérale dans les donations*, préf. E. PUTMAN, Aix-en-Provence : PUAM, 2006, coll. « Centre Pierre Kayser », n°s 135 et s., p. 218 et s.

¹¹³V. R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, 1821, rééd., préf. J.-L. HALPÉRIN, Paris : Dalloz, 2011, coll. « Bibliothèque Dalloz », n° 12, p. 11 ; C. DEMOLOMBE, *Cours de Code napoléon*, t. 24, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, vol. 1, 2^e éd., Paris : A. Durand ; L. Hachette et c^{ie}, 1870, n° 24, p. 24 ; L. JOSSERAND, *op. cit.*, n° 293, p. 370 ; J. HAMEL, *La notion de cause dans les libéralités : étude de la jurisprudence française et recherche d'une définition*, Paris : Le Tenin, 1920, p. 23 et p. 369, pour lequel l'intention libérale serait « la volonté chez le disposant de sacrifier un instant son intérêt personnel pour assurer le triomphe d'un intérêt étranger ».

¹¹⁴V. M. GRIMALDI, *Droit civil : Libéralités, partages d'ascendants*, Paris : Litec, 2000, n° 1006, p. 14.

puisqu'« aucune n'est vraiment exempte de tout intérêt pour celui qui y consent »¹¹⁵. Aussi, dans un second temps, une approche abstraite – objective – de l'intention libérale a-t-elle été proposée. L'intention libérale est alors présentée comme la conscience et la volonté de ne pas obtenir d'équivalent¹¹⁶. Peu importe alors que le disposant cherche à satisfaire son amour-propre, sa popularité, ou qu'il soit animé d'un pur sentiment de générosité¹¹⁷. Selon cette seconde approche, la poursuite d'un intérêt, qu'il soit moral ou matériel, n'est pas incompatible avec la qualification de libéralité. L'existence de *libéralités intéressées* est alors admise. Le caractère intéressé des libéralités à caractère collectif est un trait important de celles-ci¹¹⁸.

De la compatibilité de la poursuite d'intérêts avec l'élément moral découle plusieurs conséquences.

§2. Les conséquences de la recherche d'intérêts

Admettre que le disposant puisse rechercher la réalisation d'intérêts moraux ou matériels n'est pas sans conséquence. D'abord, la raison d'être de la libéralité se trouve ailleurs que dans la volonté de gratifier le bénéficiaire. La réalisation de cet intérêt constitue le motif déterminant de la libéralité, à savoir sa cause impulsive et déterminante. La reconnaissance de libéralités intéressées conduit à une redéfinition de la cause des libéralités à laquelle les auteurs se sont depuis longtemps employés.

Ensuite, cette reconnaissance est un préalable nécessaire pour que les personnes morales puissent consentir des libéralités. Assises sur leur spécialité légale et statutaire, ces personnes

¹¹⁵V. R. CASSIN, *op. cit.*, p. 205 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil : Les successions et les libéralités*, par P. RAYNAUD, Paris : Sirey, 1983, n° 297, p. 237 ; J. FLOUR et H. SOULEAU, *Droit civil : Les libéralités*, par H. SOULEAU, Paris : Armand Colin, 1982, coll. « U Série Droit privé », n° 41, p. 24. En ce sens, un auteur soulève que le fait que « l'intention libérale n'est pas toujours pure relève de l'évidence » (V. M. GRIMALDI, « Synthèse de Notariat et libéralités », *LPA* 1995, n° 55, p. 21 et s.). Dans le même sens, il a été défendu que pour comprendre la libéralité « il faut admettre l'existence d'une contrepartie ou d'un intérêt, nul ne s'engage sans raison » (V. J. ROCHFELD, *op. cit.*, n° 291, p. 262).

¹¹⁶V. J. FLOUR, *Cours de droit civil : licence 4^e année*, Paris : Les Cours de droit, 1963, p. 58 et s. ; A. SÉRIAUX, *Les successions, Les libéralités*, 2^e éd., Paris : PUF, 1993, coll. « Droit fondamental. Droit civil », n° 59, p. 101 ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 4, *Successions, Libéralités*, 5^e éd. par L. LEVENEUR et S. MAZEAUD-LEVENEUR, Paris : Montchrestien, 1999 n° 1325, p. 546 ; M. GRIMALDI, *Droit civil, op. cit.*, n° 1006, p. 15 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Droit civil : Les successions, les libéralités*, 4^e éd., Paris : Dalloz, 2014, coll. « Précis. Droit privé », n° 258, p. 255. Pour certains auteurs, cette approche tend à confondre l'intention libérale avec le consentement (V. notamment J.-J. DUPEYROUX, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, préf. J. MAURY, Paris : LGDJ, 1955, n° 154, p. 171. Pour d'autres, elle ne se borne qu'à donner une certaine corrélation à la volonté. V. notamment G. MARTY et P. RAYNAUD, *op. cit.*, n° 297, p. 237 ; J. FLOUR et H. SOULEAU, *op. cit.*, n° 42, p. 24).

¹¹⁷V. G. MARTY et P. RAYNAUD, *op. cit.*, n° 297, p. 237.

¹¹⁸V. *infra* n°s 181. et s.

ne sauraient gratifier sans rechercher la réalisation de leur objet social, c'est-à-dire de leurs propres intérêts.

Ainsi, la compatibilité entre la notion de libéralité et la recherche d'intérêts conduit à une redéfinition de la cause (A), ainsi qu'à l'extension de la qualité de disposant aux personnes morales (B).

A. La redéfinition de la cause

36. Intention libérale, intérêt et cause des libéralités. Bien que la cause puisse être amenée à disparaître¹¹⁹, ses fonctions seraient conservées¹²⁰. Les futurs articles 1167 et suivants relatifs au contenu du contrat, dans le projet d'ordonnance de réforme du droit des obligations, reprennent les solutions retenues en matière de cause objective bien qu'ils soient silencieux sur les contrats à titre gratuit¹²¹. Quant à l'article 1161 relatif à la licéité du contrat, il maintient les règles associées à la cause subjective.

Il n'est pas possible de réfléchir aux liens qui peuvent se tisser entre l'intention libérale et l'intérêt sans penser à la cause dite finale¹²². La notion d'intérêt a, en effet, souvent été présentée comme synonyme de la cause¹²³, au point qu'il a été envisagé pendant un temps de les substituer¹²⁴. En outre, selon une approche classique, l'intention libérale constitue la cause

¹¹⁹V. Projet d'ordonnance pris en application de la loi n° 2015-177 du 16 février 2015 habilitant le gouvernement à réformer le droit commun des contrats, le régime des obligations et le droit de la preuve. Quant aux avant-projets doctrinaux, seul un maintenait la cause (V. P. CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris : La documentation française, 2006, art. 1124 et s.) ; l'autre la supprimait (V. F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats : réflexions et propositions d'un groupe de travail*, Paris : Dalloz, 2009, coll. « Thèmes & commentaires : actes », arts. 59 et s.). Comp. O. TOURNAFOND, « Pourquoi il faut conserver la théorie de la cause en droit civil français », *D.* 2008, p. 2607 et s.

¹²⁰À l'instar de l'avant-projet dit Terré (V. D. HOUTCIEFF, « Le contenu du contrat », in F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats : réflexions et propositions d'un groupe de travail*, Paris : Dalloz, 2009, coll. « Thèmes & commentaires : actes », p. 182 et s., spéc. p. 206).

¹²¹Sur la cause objective et ses diverses appréhensions par la doctrine, V. J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, Paris : LGDJ, 2006.

¹²²*i.e.* « le but en vue duquel s'accomplit l'action ». V. F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil : Les obligations*, 11^e éd., Paris : Dalloz, 2013, coll. « Précis. Droit privé », n° 332, p. 377.

¹²³V. G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., Paris : PUF, 2014, coll. « Quadrige », v° Cause 3° ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, 22^e éd., Paris : PUF, 2000, coll. « Thémis. Droit privé », n° 58, p. 126 ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, vol. 1, *Contrat et engagement unilatéral*, 3^e éd., Paris : PUF, 2012, coll. « Thémis Droit », p. 427. *Adde* J. ROCHFELD, *Rép. civ. dalloz*, v° Cause, nos 23 et s.

¹²⁴V. l'avant-projet dit Chancellerie présenté en juillet 2008, art. 85 et 87. Le rapport de présentation du projet de réforme du droit des contrats affirme que « cette substitution permet de renforcer l'attractivité de notre droit tout en conservant les fonctions développées par la jurisprudence sur le fondement de la cause pour assurer l'équilibre contractuel ».

des libéralités pure et simple¹²⁵. Une telle conception a rapidement été contestée¹²⁶. Quant aux libéralités *sub modo*, elles étaient traditionnellement étudiées à part¹²⁷. La jurisprudence admettait que la charge pouvait être la cause impulsive et déterminante de la libéralité¹²⁸. Ce faisant la Cour de cassation tenait en échec les dispositions indulgentes de l'article 900 du Code civil en présence de charges impossibles, immorales, ou illicites¹²⁹ et assurait une conciliation avec les règles rigoureuses de l'actuel article 1172¹³⁰ relatif aux actes à titre onéreux¹³¹. Ainsi, l'approche classique de la cause dans les libéralités pures et simples a laissé place en doctrine¹³², ainsi qu'en jurisprudence¹³³, à une approche plus contemporaine¹³⁴.

¹²⁵V. J.-R. POTHIER, *Traité des obligations*, 1821, rééd., préf. J.-L. HALPÉRIN, Paris : Dalloz, 2011, coll. « Bibliothèque Dalloz », n° 42, p. 22 ; GAULY, « Essai d'une définition de la cause dans les obligations », *Rev. crit. jur. lég.* 1886, p. 57 et s. ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. COLIN, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. 2, *Des donations entre vifs et des testaments*, Paris : L. Larose, 1896, n° 50, p. 16 ; É BARTIN, in C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français : d'après la méthode de Zachariæ*, t. 11, 5e éd., par E. BARTIN, Paris : Marchal et Godde, 1919, n° 692, p. 175 ; L. JOSSEAND, *Cours de Droit civil positif français, Théorie générale des obligations*, t. 2, *Théorie générale des obligations - Les principaux contrats du droit civil - Les sûretés*, 3^e éd., Paris : Sirey, 1939, n° 129, p. 74 ; C. LARROUMET et S. BROSS, *Traité de droit civil*, t. 3, *Les obligations, le contrat*, 7^e éd., Paris : Economica, 2014, coll. « Corpus. Droit privé », n° 451, p. 476. En ce sens, la cause de la libéralité serait constituée par « la satisfaction psychologique, l'intérêt moral que l'on éprouve à être bon » (V. J. CARBONNIER, *Droit civil*, vol. 2, *Les biens, les obligations*, Paris : PUF, 2004, coll. « Quadrige. Manuel », n° 976, p. 2020).

¹²⁶Des auteurs ont soutenu que l'*animus donandi*, comme élément de qualification de toutes libéralités, ne saurait constituer la cause des libéralités sans retirer à celle-ci toute utilité. L'existence de la cause découlerait nécessairement de la caractérisation de la libéralité et la recherche de la cause se confondrait avec celle du consentement (V. J. HAMEL, *op. cit.*, p. 5 ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, n° 1385, p. 584 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *op. cit.*, n° 343, p. 320. *Contra* J. FLOUR et H. SOULEAU, *op. cit.*, n° 328, p. 210 ; M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1251, p. 184 et n° 1252, p. 185).

¹²⁷V. M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 5, *Donations et testaments*, 2^e éd., par A. TRASBOT et Y. LOUSSOUARN, Paris : LGDJ, 1957, nos 264 et s., p. 361 et s. ; J. FLOUR et H. SOULEAU, *Droit civil : Les libéralités*, par H. SOULEAU, Paris : Armand Colin, 1982, coll. « U Série Droit privé », n° 327, p. 209.

¹²⁸V. Req., 3 juin 1863, *D.* 1863, 1, p. 429 ; *S.* 1864, 1, p. 269 ; Civ., 7 juillet 1868, *D.* 1868, 1, p. 446 ; *S.* 1868, 1, p. 435. Et en matière de libéralités charitables, V. Req., 8 mai 1901, *D.* 1902, 1, p. 220 ; *S.* 1902, 1, p. 8. ; Req., 17 juin 1905, *S.* 1906, 1, p. 174. Plus largement, V. J. HAMEL, *op. cit.*, p. 156 et s. Sur les arguments en faveur et en défaveur de cette jurisprudence, V. M. BOUYSSOU, *op. cit.*, nos 150 et s., p. 266 et s. Il existe alors une différence selon la nature du contrat synallagmatique. S'il est à titre onéreux, la contre-prestation réciproque constitue la cause de l'obligation de l'autre. S'agissant d'un contrat à titre gratuit, la contrepartie peut constituer la cause. Comp. J. HAMEL, *op. cit.*, p. 205, qui propose de limiter la qualification de contrat synallagmatique en présence de charges qui seraient la cause impulsive et déterminante de l'acte. *Contra* M. BOUYSSOU, *op. cit.*, n° 37, p. 51.

¹²⁹Aux termes de ce texte, en présence d'une telle charge, seule cette clause est réputée non écrite de sorte que la libéralité survie.

¹³⁰Aux termes de ce texte, l'acte juridique dans son entier est frappé de nullité. Quant au futur article 1304-1 du Code civil, il vise la nullité de l'obligation que la condition assortie.

¹³¹Que l'on se fonde sur l'un ou l'autre des textes, la nullité de la clause ne s'étendra à l'acte juridique dans son ensemble que si elle en constitue la cause impulsive et déterminante. Ainsi, le régime des actes à titre onéreux et celui des actes à titre gratuit ont été unifiés par deux courants jurisprudentiels convergents (V. M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1220, p. 166). Afin de concilier ces deux textes, d'anciens arrêts avaient considéré que la charge disqualifiait l'opération en acte à titre onéreux permettant l'application de l'article 1172 du Code civil (V. J. HAMEL, *op. cit.*, p. 140 et s.). Sur les raisons historiques d'une telle différence face aux craintes de voir ressurgir les modèles de l'ancien régime combattu par la Révolution, V. R. CASSIN, *Droit civil approfondi et comparé : les libéralités avec charge et les fondations*, Paris : les Cours de droit, 1939, p. 367 et s. ; J. FLOUR et H. SOULEAU, *op. cit.*, n° 336, p. 214.

¹³²V. J. HAMEL, *op. cit.*, p. 5 ; G. RIPERT, *Répétitions écrites de droit civil approfondi et comparé : la notion de libéralité*, Paris : les Cours de droit, 1931, p. 170 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *op. cit.*, n° 264, p. 362 ; J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, préf. J. GHESTIN, Paris : LGDJ, 1999, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 311, n° 289, p. 260 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *op. cit.*, n° 343, p. 320.

¹³³V. Req., 23 juin 1863, *D.* 1863, 1, p. 429 ; Civ., 7 juillet 1868, *D.* 1868, 1, p. 446 ; Req., 31 octobre 1922, *D.* 1922, 1, p. 239. Des auteurs ont relevé que la jurisprudence était peu abondante (V. F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *op. cit.*, n° 343, p. 321).

¹³⁴Encore que celle-ci ne fasse pas l'unanimité. Il a été soutenu que la « cause impulsive et déterminante » retenue par la jurisprudence « n'a rien de commun avec la cause juridique » et qu'il s'agit en réalité d'une « cause psychologique » (V. E. BARTIN, *op. cit.*, n° 692, p. 175). Aussi, a-t-il été proposé de retenir au côté de la

Aux termes de celle-ci, la cause de la libéralité doit être recherchée dans le *motif déterminant* de la libéralité, perçu comme sa « cause impulsive et déterminante »¹³⁵. Une approche unitaire de la cause est retenue indépendamment de l'existence ou non de charges¹³⁶. Simplement, il arrive que le motif déterminant soit expressément érigé dans une obligation pesant sur le bénéficiaire. La clause est alors le vecteur permettant au disposant de réaliser son dessein¹³⁷.

Un tel constat n'est pas sans incidence en matière de libéralités à caractère collectif : elles sont des libéralités avec charges. Par ailleurs, nombreuses sont celles qui sont motivées par un intérêt particulier, lequel ne trouve pas nécessairement sa traduction dans la charge stipulée. Les libéralités consenties par des personnes morales en sont une illustration. C'est encore admettre que les personnes morales puissent avoir la qualité de disposant.

B. L'extension de la qualité de disposant aux personnes morales

37. Intention libérale et personnes morales. Gouvernées par le principe de spécialité, les personnes morales ne peuvent réaliser des libéralités que si celles-ci contribuent à la réalisation de leur objet. Dès lors, admettre que la qualification de libéralité ne s'oppose pas à la poursuite d'intérêts devrait suffire à retenir la qualité de disposant pour les personnes

cause-intention libérale comme instrument de qualification et la cause-mobile comme instrument de moralisation de l'acte juridique, une cause-condition vue comme un instrument de protection du consentement du disposant. Cette cause désignerait « alors les conditions *sine qua non* de l'accord » (V. M. GRIMALDI, *op. cit.*, n^{os} 1250 et s., p. 184 et s.).

¹³⁵Le lien entre les deux notions d'intention libérale et de cause a rapidement été fait : « et voici que les raisons qui ont fait naître l'intention libérale en agissant sur la volonté du disposant deviennent les causes de la libéralité » (V. J. HAMEL, *op. cit.*, p. 363). Dans le même sens, le projet Terré consacre implicitement une acception dualiste de la cause des libéralités : « Il n'y a pas de libéralité sans intention libérale. Les libéralités sont nulles, de nullité relative, en l'absence de motif qui a déterminé leur auteur à disposer. » (V. F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats : réflexions et propositions d'un groupe de travail*, Paris : Dalloz, 2009, coll. « Thèmes & commentaires : actes », art. 63).

¹³⁶Un auteur a cherché à déterminer quels pouvaient être les contours du motif déterminant des libéralités et donc de la cause de celles-ci (V. J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, préf. J. GHESTIN, Paris : LGDJ, 1999, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 311). Il y aurait lieu de distinguer entre les libéralités pures et simples et les libéralités avec charges. La cause des premières serait à rechercher dans une double contrepartie : *relationnelle et non rationnelle*. D'une part, si le lien relationnel ou l'*intuitu personae* constitue l'échange même procédant de la libéralité, la relation préexisterait à la libéralité. L'auteur en conclut que « la libéralité intervient donc pour alimenter une relation et provoquer une contrepartie relationnelle, en retour ». Ainsi, la libéralité s'inscrirait « dans une continuité, dans un réseau de relations et de dettes réciproques et continues ». D'autre part, la contrepartie ne serait pas rationnelle puisque le disposant « ignore objectivement la contrepartie qui va en être retirée ». Elle serait imprévisible tant dans le temps que dans son contenu. Pour l'auteur, cet intérêt permet tant de contrôler l'existence de la cause que sa licéité ou sa moralité (V. *ibidem*, n^{os} 296 et s., p. 267 et s.). Au contraire, cet auteur estime que l'étude de la cause dans les donations avec charge doit, parfois, se faire au regard à la notion de cause dans les actes à titre onéreux. Chaque fois que la charge est vue comme la cause impulsive et déterminante de la libéralité, le disposant poursuivrait en réalité un intérêt rationnel, c'est-à-dire un intérêt raisonnable. Si l'acte n'est pas disqualifié en acte à titre onéreux, l'étude de sa cause doit se faire à l'aune de celui-ci. Au contraire, toutes les fois dans lesquelles la charge n'est pas érigée en cause impulsive et déterminante de la donation, on en revient à la thèse de l'intérêt relationnel et non rationnel (V. *ibid.*, n^{os} 607 et s., p. 546 et s.).

¹³⁷V. J. FLOUR et H. SOULEAU, *op. cit.*, n^o 338, p. 216.

morales. Elles participent, en effet, régulièrement à des opérations de mécénat ou à la création de fondations, notamment des fondations d'entreprise. Permettre à une personne morale de gratifier revient à postuler qu'elle peut être animée d'une intention libérale. Or, il n'est pas évident de reconnaître à des groupements l'émanation d'une volonté, d'une conscience au sens de la définition abstraite de celle-ci¹³⁸, puisqu'à reprendre une formule désormais célèbre « on ne déjeune pas avec une personne morale »¹³⁹.

En droit pénal, l'absence de volonté propre des personnes morales a longtemps été un argument en faveur de leur irresponsabilité pénale¹⁴⁰ en ce sens qu'une infraction ne saurait être caractérisée sans la réunion d'un élément matériel et d'un élément intentionnel¹⁴¹. Néanmoins, le législateur a fini par briser ce principe. Désormais, la responsabilité pénale des personnes morales peut être recherchée¹⁴² si bien que la réforme reconnaît implicitement qu'elles peuvent être animées d'une véritable intention. De la même manière, la responsabilité civile des personnes morales a toujours été admise, et cela même bien avant que la jurisprudence renonce à l'appréciation subjective de la faute civile¹⁴³. Fort de la théorie de la réalité des personnes morales, un auteur estime que celles-ci jouissent d'une volonté propre exprimée par l'intermédiaire de ses organes¹⁴⁴. Le fait que la jurisprudence répare désormais le préjudice moral souffert par une personne morale¹⁴⁵ est une nouvelle manifestation de la reconnaissance d'une telle conscience.

Le droit des libéralités n'est pas en reste : les personnes morales peuvent consentir des libéralités et réaliser des actes à titre gratuit. À l'instar des autres matières, l'expression de cette intention se fait par l'intermédiaire de ses organes et représentants. Le législateur a expressément consacré une telle faculté lorsqu'il encadre la possibilité pour les personnes

¹³⁸Comp. M. GRIMALDI, « Synthèse de Notariat et libéralités », art. précité, selon lequel il est évident que lorsqu'une libéralité est consentie par une personne morale « l'intention publicitaire l'emporte sur l'intention libérale ».

¹³⁹Attribué à G. JÈZE.

¹⁴⁰V. B. BOULOC, *Droit pénal général*, nouvelle éd., Paris : Dalloz, 2015, coll. « Précis », n° 321, p. 279. Adde G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil : Les conditions de la responsabilité*, 4e éd., avec la collaboration de S. CARVAL, Paris : LGDJ-Lextenso éd., 2013, n° 444-1, p. 449, pour lesquels « la notion d'imputabilité psychologique ou morale n'a pas de sens [pour une personne morale] ».

¹⁴¹C. pén., art. 121-3. V. B. BOULOC, *op. cit.*, n° 224 et s., p. 211.

¹⁴²C. pén., art. 121-2.

¹⁴³V. P. JOURDAIN, *J.-Cl. Resp. civ. et assur.*, fasc. 121-10 : « Droit à réparation – Responsabilité fondée sur la faute – Imputabilité », n° 9. Adde P. JOURDAIN, *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilités civile et pénale*, thèse de doctorat en droit, Paris : Université Paris II, 1982 ; « Retour sur l'imputabilité », in *Les droits et le droit : mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Paris : Dalloz, 2007, p. 511 et s.

¹⁴⁴V. P. JOURDAIN, *J.-Cl. Resp. civ. et assur.*, *op. cit.*, n° 9.

¹⁴⁵Encore que cela soit contesté. Pour des critiques, V. V. WESTER-OUISSÉ, « Le préjudice moral des personnes morales », *JCP G* 2003, I 145 ; « La jurisprudence et les personnes morales », *JCP G* 2009, I 121 ; Ph. STOFFEL-MUNCK, « Le préjudice moral des personnes morales », in *Libre droit : mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Paris : Dalloz, 2008, p. 959 et s.

morales de consentir des libéralités aux partis politiques. Il leur interdit de contribuer à leur financement notamment en leur « consentant des dons, sous quelque forme que ce soit »¹⁴⁶.

38. Conclusion de chapitre. Bien que les libéralités soient, avec les contrats de bienfaisance, des actes à titre gratuit, rien n'empêche qu'elles peuvent être intéressées. Elles le sont chaque fois que le disposant stipule une charge ou qu'il souhaite la réalisation de mobiles déterminés.

La reconnaissance de la possibilité de libéralités intéressées est le point de départ à l'admission de l'existence de libéralités en droit public.

¹⁴⁶L. n° 88-222 du 11 mars 1988, art. 14, al. 3. Sur cette question, V. *infra*, n° 246.

Chapitre II. L'existence de libéralités publiques

39. De l'approche civiliste au dogme publiciste. La notion de libéralité est incontestablement un concept de droit civil. Si le Tribunal des conflits¹⁴⁷, dans son fameux arrêt *Blanco* a affirmé l'autonomie du droit administratif, ce principe a été depuis contesté notamment par EISENMANN, qui y voit un « dogme faux »¹⁴⁸. La doctrine s'est attachée, en effet, à montrer que certains concepts transcendent la distinction du droit privé et du droit public¹⁴⁹. Les études consacrées aux phénomènes d'« application », de « réception » ou encore d'« utilisation » du droit privé par le droit administratif sont nombreuses¹⁵⁰. Le concept de libéralité participe de ces phénomènes. Le juge administratif et la doctrine y ont régulièrement recours. Pourtant, le concept, tel qu'utilisé par le droit public, semble déformé et correspondre difficilement à celui connu du civiliste¹⁵¹.

Par essence gratuite, les libéralités paraissent difficilement pouvoir être réalisées par des personnes morales de droit public, qui pourraient seulement en être destinataires : bénéficiaires oui, mais auteurs non. Il existerait, en effet, en droit public *un véritable principe d'interdiction des libéralités*. La doctrine et la jurisprudence y sont résolument attachées au point d'en faire un véritable dogme que nul ne saurait contester. Principe général du droit, principe garanti par la Constitution, la règle serait profondément ancrée dans notre droit. L'État, les collectivités territoriales, les établissements publics ne sauraient se dépouiller durablement de leurs biens au profit de personnes privées. Une solution différente serait contraire au principe d'égalité devant la loi. Pourtant, un tel principe n'a rien d'absolu. Le Conseil constitutionnel comme le Conseil d'État admettent qu'il soit porté atteinte à

¹⁴⁷T. confl., 8 février 1873 ; M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, et al., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 20^e éd., Paris : Dalloz, 2015, coll. « Grands arrêts », n° 1, p. 1.

¹⁴⁸C. EISENMANN, « Un dogme faux : l'autonomie du droit administratif », in C. EISENMANN, *Écrits de droit administratif*, avant-propos N. CHIFFLOT, Paris : Dalloz, 2013, coll. « Bibliothèque Dalloz », p. 452 et s.

¹⁴⁹Pour une utilisation de la cause en droit des contrats administratifs, V. F. CHÉNÉDÉ, « L'utilité de la cause en droit contemporain des contrats : l'apport du droit administratif », *Contrats, conc. consom.* 2008, étude n° 8.

¹⁵⁰V. M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^e éd., Paris Sirey, 1933, rééd., par A. HAURIOU, préf. P. Delvolvé et F. Moderne, Paris : Dalloz, 2002, coll. « Bibliothèque Dalloz », p. 23 ; A. HAURIOU, « L'utilisation en droit administratif des règles et principes du droit privé », in *Recueil d'études des sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. 3, *Les sources des diverses branches du droit*, Liège, G. Thone ; Paris, Sirey, 1934, p. 92 et s. ; J. WALINE, « La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif », in *Le contrat au début du XXI^e siècle : études offertes à Jacques Ghestin*, Paris : LGDJ, 2001 p. 965 et s. ; M. DREIFUSS, « L'immixtion du droit privé dans les contrats administratifs », *AJDA* 2002, p. 1373 et s. ; B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, préf. J.-J. BIENVENU, Paris : Éd. Panthéon-Assas : diff. LGDJ, 2003, coll. « Droit public ».

¹⁵¹Après avoir relevé que « sur la base d'une tradition déjà ancienne, [...] le domaine privé était sous l'emprise du droit commun et qu'il convenait d'en abandonner l'étude aux civilistes », un auteur regrette alors qu'il s'agisse d'un « cadeau dont ces derniers ont, du reste, fort peu profité » (V. J.-M. AUBY, « Contribution à l'étude du domaine privé de l'Administration », *EDCE* 1958, p. 35 et s.).

l'interdiction des libéralités par les personnes publiques pour des motifs d'intérêt général. À cet égard, l'admission actuelle des cessions à vil prix et des subventions publiques y est conditionnée. Si la majorité de la doctrine refuse d'y voir la reconnaissance des libéralités en droit public, cela ne fait pourtant aucun doute. L'étude du droit positif permet de s'en convaincre. Ce faisant, il est possible de se placer dans la continuité de PLANIOL. À l'occasion de l'étude de la capacité des sociétés commerciales, fort du constat que celles-ci pouvaient recevoir des aides de l'État, l'auteur s'interrogeait en ces termes : « qu'est-ce qu'une subvention, sinon une donation ? »¹⁵². Finalement, seule une approche dogmatique de la question tend à conclure à l'interdiction des libéralités en droit public. En revanche, une approche empirique permet de révéler leur autorisation.

40. Plan. Ainsi l'approche dogmatique tendant à l'interdiction des libéralités en droit public (Section I) doit être écartée au profit d'une approche empirique qui commande leur autorisation (Section II).

Section I. Approche dogmatique : l'interdiction

Si la doctrine retient l'existence d'un principe d'interdiction des libéralités des personnes morales de droit public, l'affirmation d'une telle prohibition demeure discrète tant dans les textes qu'en jurisprudence. Cette interdiction n'en serait pas moins certaine au point qu'il convient de s'interroger sur son fondement.

Ainsi, après avoir étudié l'affirmation de la prohibition (§1), son fondement sera examiné (§2).

§1. L'affirmation de la prohibition

La prohibition des libéralités en droit public n'est pas affirmée de la même manière selon que l'on se place du côté du domaine public ou du domaine privé des personnes publiques. Le

¹⁵²M. PLANIOL, *D.* 1895, 1, p. 217, avant d'ajouter que « les municipalités subventionnent tous les jours des compagnies [...]. Qu'y a-t-il à cela sinon l'exercice du droit de donner et de recevoir à titre gratuit ».

premier est inaliénable, ce qui revient à interdire toute cession du domaine public, *a fortiori* par voie de libéralité. Si le second domaine n'est pas soumis au même principe, les cessions n'en sont pas moins encadrées. Finalement la prohibition des libéralités des personnes publiques se commande tant de l'inaliénabilité du domaine public (A), que de l'encadrement de l'aliénabilité du domaine privé (B).

A. L'inaliénabilité du domaine public

41. La division du patrimoine des personnes publiques en domaines : l'inaliénabilité du domaine public. La question de savoir si les personnes morales de droit public peuvent consentir à des libéralités revient à se demander si elles peuvent accepter un abandon d'une partie de leur patrimoine à titre gratuit. Pour répondre à cette interrogation, il faut dépasser un premier obstacle tenant à la particularité du patrimoine des personnes publiques, qui ne constitue pas, à la différence de celui des personnes privées¹⁵³, un ensemble unique et indivisible. Toute personne publique est, en effet, à la tête d'un patrimoine divisé en deux grandes masses appelées « domaines » avec d'un côté le domaine public et de l'autre le domaine privé. Cette distinction est fondamentale. Elle détermine les règles applicables à la gestion de chacun de ces domaines. Si le droit privé s'applique au domaine privé, le domaine public est soumis à des principes exorbitants du droit commun. Parmi ces derniers, certains font figure de pierre angulaire : le domaine public est *inaliénable* et *imprescriptible*¹⁵⁴. Consacré par l'Édit de Moulins de février 1566 visant à protéger les biens de la Couronne¹⁵⁵, ce principe séculaire a été repris dans des textes de droit positif¹⁵⁶ : toute aliénation de biens appartenant au domaine public est frappée de nullité¹⁵⁷, quelle qu'en soit la forme et quelle

¹⁵³Si l'on veut bien encore retenir le principe de l'unicité du patrimoine cher à AUBRY et RAU (V. *Cours de droit civil français : d'après la méthode de Zachariæ*, t. 6, 4^e éd., Paris : Marchal et Billard, 1873, n° 573, p. 229 et s.) et contre lequel on ne compte plus les atteintes.

¹⁵⁴Sur la relativité d'un tel principe, V. L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. 3, *La théorie générale de l'État : suite et fin*, 2^e éd., Paris : E. de Brocard, 1923, n° 76, p. 337. Adde R. BONNARD, *Précis de droit administratif*, 4^e éd., Paris : LGDJ, 1943, p. 553, selon lequel ce principe est relatif et limité à la différence de l'inaliénabilité de la Couronne qui était absolue et générale.

¹⁵⁵Les origines de ce principe lui seraient antérieures (V. G. LEYTE, *Domaine et domanialité publique dans la France médiévale, XI^e-XV^e siècles*, préf. A. RIGAUDIÈRE, Strasbourg : Presses universitaires de Strasbourg, 1996, p. 263 et s.). Abrogé pendant la période révolutionnaire par les décrets du 22 novembre et 1^{er} décembre 1790, ce principe a été réintroduit ensuite (V. Y. GAUDEMET, « Du domaine de la couronne au domaine public », in *Le droit administratif, permanences et convergences : mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Paris : Dalloz, 2007, p. 525 et s., p. 525 et s.).

¹⁵⁶CGPPP, art. L. 3111-1 et CGCT, art. L. 1311-1. Pour un auteur, entre le principe d'inaliénabilité du domaine public et le principe d'inaliénabilité du domaine de la Couronne, il n'y aurait qu'une filiation de vocabulaire et certainement pas de fond (V. Y. GAUDEMET, « Du domaine de la couronne au domaine public : Étude d'histoire des doctrines », art. précité, p. 525 et s.).

¹⁵⁷Encore qu'il existe des exceptions. Sur celles-ci, V. J.-M. AUBY, P. BON, J.-B. AUBY, et al., *Droit administratif des biens : domaine public et privé, travaux et ouvrages publics, expropriation*, 6^e éd., Paris : Dalloz, 2011, coll. « Précis Dalloz. Droit public, science politique », n°s 240 à 242, p. 162 et 163.

qu'en soit la nature. L'interdiction de disposer du domaine public par voie de libéralité ne fait aucun doute.

Reste qu'il n'est pas nécessairement aisé de savoir dans quel domaine ranger les différents biens appartenant aux personnes publiques¹⁵⁸, quand bien même une définition légale du domaine public a récemment été consacrée¹⁵⁹. Un tel constat est particulièrement vrai pour les deniers publics¹⁶⁰. La question de la classification de l'argent public, dans l'un ou l'autre domaine, n'est pas clairement tranchée et se pose dans les mêmes termes pour tous les meubles incorporels¹⁶¹. Soumis au droit spécial des finances publiques¹⁶², l'argent public ne

¹⁵⁸Plusieurs théories doctrinales ont été proposées pour qualifier le domaine public. Schématiquement, il est possible de distinguer trois courants (V. J.-M. AUBY, P. BON, J.-B. AUBY, et al., *op. cit.* n°s 37 et s., p. 35 et s.). La notion d'*affectation* joue un rôle central dans deux des trois définitions retenues. À la fin du XIX^e siècle, un premier courant, mené notamment par J.-B.-V. PROUDHON (V. *Traité du domaine public ou de la distinction des biens*, t. 1, Dijon : V. Lagier, 1833, p. 266 et s.) et fondé sur l'exégèse, affirmait qu'appartenaient au domaine public les biens insusceptibles de propriété privée, à savoir ceux hors du commerce. Ce sont les biens à l'usage de tous, affectés à l'usage direct du public. Face à cette théorie trop restrictive, la doctrine du début du XX^e siècle proposa une seconde approche fondée sur l'affectation. Cette théorie, initiée notamment par L. DUGUIT (V. *op. cit.*, n° 75, p. 327), est dite tautologique. Elle repose sur l'acte administratif matériel d'affectation, c'est-à-dire sur un acte volontaire de l'Administration. Enfin, M. WALINE (V. *Les mutations domaniales : étude des rapports des administrations publiques à l'occasion de leurs domaines publics respectifs*, Paris : Jouve, 1925, p. 45 et s.) proposa de retenir une définition du domaine public par utilité. Selon lui, le domaine public se caractérise par l'affectation du bien à l'utilité publique. Une telle affectation résulterait soit d'un aménagement spécial, soit de l'intérêt scientifique ou historique du bien (V. *Droit administratif*, *op. cit.*, n° 1520, p. 816). Cette dernière théorie est finalement celle qui se rapproche le plus de la définition retenue par la jurisprudence. Après une longue évolution le Conseil d'État a, en effet, fini par admettre que des biens non directement affectés à l'usage du public, mais affectés au service public en raison d'un aménagement spécial, pouvaient composer le domaine public (V. CE, 30 octobre 1953, *S.N.C.F.*, *Rec.* p. 463 ; CE, 19 octobre 1956, *Sté Le Béton*, *Rec.* p. 373 ; CE, 21 décembre 1956, *SNCF*, *AJDA* 1957, p. 55). Le Tribunal des conflits retient une même solution (V. T. confl., 10 juillet 1955, *Sté des Steeple Chase de France*, *D.* 1956, p. 684). Pour une étude de la jurisprudence, V. L. de GASTINE, « La distinction jurisprudentielle du domaine public par rapport au domaine privé », *D.* 1978, p. 249 et s.

¹⁵⁹Le Code distingue deux domaines publics. D'abord, le *domaine public immobilier* « constitué des biens appartenant [à une personne publique] qui sont soit affectés à l'usage direct du public, soit affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public » (CGPPP, art. L. 2111-1). Il en résulte deux critères : l'affectation publique et l'appartenance à une personne publique. Ce dernier critère est largement entendu par la jurisprudence, qui l'étend aux biens appartenant à certains établissements publics, à des groupements d'intérêt économique, voire à des personnes privées cessionnaires d'une mission de service public. Le domaine public est traditionnellement divisé en *domaine public naturel* – domaine maritime, fluvial – et *artificiel* – domaine routier, ferroviaire, aéronautique, hertzien (V. J.-M. AUBY, P. BON, J.-B. AUBY, et al., *op. cit.*, n°s 60 et s., p. 53 et s.). Ensuite, le *domaine public mobilier*, dont existence même est controversé (V. *ibidem*. Adde F. HOURQUEBIE, « Le domaine public mobilier », *RDP* 2005, p. 635 et s.) composé des « biens présentant un intérêt public du point de vue de l'histoire, de l'art, de l'archéologie, de la science ou de la technique » (CGPPP, art. L. 2112-1). Le texte pose ensuite une liste non exhaustive visant notamment les archives publiques, les collections des musées, etc. (Adde O. de DAVID BEAUREGARD-BERTHIER, « La définition du domaine public mobilier par le Code général de la propriété des personnes publiques », in *L'art et le droit : écrits en hommage à Pierre-Laurent Frier*, Paris : Publications de la Sorbonne, 2010, coll. « De Republica », p. 119 et s.). Il demeure des textes spéciaux classant certains biens dans l'un ou l'autre domaine notamment pour les routes nationales, départementales, les autoroutes et les chemins communaux qui sont classés dans le domaine public par le Code de la voirie routière, à la différence des chemins ruraux qui, depuis une ordonnance du 7 janvier 1959, appartiennent au domaine privé. Par ailleurs, des biens appartenant normalement au domaine privé peuvent être rattachés au domaine public par le jeu de la théorie de l'accessoire pour attirer des biens supplémentaires dans le domaine public (CGPPP, art. L. 2111-2).

¹⁶⁰Sur la définition et l'évolution de la notion, V. J. MAGNET, « La notion de deniers publics en droit financier français », *Revue de science financière* 1974, p. 129 et s. ; P.-M. GAUDEMET et J. MOLINIER, *Finances publiques*, t. 1, *Budget, trésor*, 7^e éd., Paris : Montchrestien, 1996, coll. « Domat. Droit public », n° 19 et s., p. 46 et s.

¹⁶¹V. J.-M. AUBY, art. précité. Pour l'auteur, de telles controverses sont la conséquence de l'approche négative de la définition du domaine privé traditionnellement retenue.

¹⁶²Il est alors curieux de constater que les principaux manuels de finances publiques n'appréhendent pas la question des libéralités.

serait pas susceptible d'appréhension par le droit administratif des biens¹⁶³. S'il est classique de les rattacher au domaine privé¹⁶⁴, ce qui est logique¹⁶⁵ car ce domaine constitue celui de rattachement par défaut¹⁶⁶, certains auteurs les en excluent sans pour autant les inclure dans le domaine public¹⁶⁷.

Si le domaine privé n'est pas inaliénable à la différence du domaine public, il n'en demeure pas moins que les actes d'aliénation sont particulièrement encadrés.

B. L'encadrement de l'aliénabilité du domaine privé

42. L'absence de prohibition générale. À la différence du domaine public, le domaine privé n'est pas, ou peu¹⁶⁸, soumis à des règles exorbitantes du droit commun. Au contraire, la personne publique est placée « dans la situation d'un propriétaire ordinaire »¹⁶⁹. Elle gère, administre, conserve ou dispose de ses biens conformément au droit privé et par application des règles du Code civil. Dès lors, une personne publique devrait pouvoir disposer de ses biens privés par voie de libéralités.

La doctrine publiciste est majoritairement hostile à cette proposition et prône leur interdiction. Le concept même de libéralité serait incompatible avec le droit public. Les aliénations à titre gratuit seraient interdites purement et simplement¹⁷⁰. Pourtant, il n'existe

¹⁶³V. L. DUGUIT, *op. cit.*, n° 74, p. 325.

¹⁶⁴V. M. WALINE, *Droit administratif, op. cit.*, n° 1593, p. 863.

¹⁶⁵Dans le même sens, V. L. TOUVET, concl. ss CE, 17 octobre 1997, *Commune de Fougerolles*, CJEG 1998, p. 16.

¹⁶⁶Cette approche négative du domaine privé a pu être critiquée (V. J.-M. AUBY, art. précité, selon lequel il existe une certaine conception traditionnelle du domaine privé s'articulant autour d'une idée principale, à savoir qu'il aurait « une fonction patrimoniale, financière [...] destinée à procurer à l'Administration des revenus ou des services »). En ce sens, HAURIU affirme que « le domaine privé a surtout une utilité fiscale, c'est un domaine administré propriétairement dont les revenus doivent être versés dans les caisses publiques » (V. *op. cit.*, p. 1069). Le domaine privé doit être « productif » (V. F. BARRACHOT, « La liberté des personnes publiques de disposer de leurs biens », *RFDA* 2003, p. 1110 et s.).

¹⁶⁷Il a été proposé de créer une troisième catégorie de biens (V. L. DUGUIT, *op. cit.*, n° 74, p. 325).

¹⁶⁸Il existerait en la matière quelques règles exorbitantes (V. M. WALINE, *Droit administratif, op. cit.*, nos 1589 et s., p. 860 et s. ; P. DUEZ et G. DEBEYRE, *Traité de droit administratif*, Paris : Dalloz, 1952, nos 1109 et s., p. 805 et s. ; J.-M. AUBY, P. BON, J.-B. AUBY, et al., *op. cit.*, n° 271, p. 193 ; Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, t. 2, *Droit administratif des biens*, 15^e éd., Paris : LGDJ-Lextenso éd., 2014, n° 658, p. 385). Celles-ci seraient exceptionnelles et n'existeraient qu'en vertu de dispositions expresses (V. R. BONNARD, *op. cit.*, 1943, p. 677 ; J.-M. AUBY, art. précité).

¹⁶⁹V. J.-M. AUBY, P. BON, J.-B. AUBY, et al., *op. cit.*, n° 270, p. 192.

¹⁷⁰V. M. ROMIEU, concl. ss. CE, 17 mars 1893 *Chemin de fer du Nord, de l'Est et autres*, S. 1894, 3, p. 119 ; L. TOUVET, art. précité ; J.-F. DAVIGNON, concl. ss TA Lyon, 22 novembre 1989, *Tête*, JCP 1990, II 21424 ; Ph. YOLKA, *La propriété publique : éléments pour une théorie*, préf. Y. GAUDEMET, Paris : LGDJ, 1997, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 191, p. 579 ; C. DEBBASCH, J. BOURDON, J.-M. PONTIER, et al., *Droit administratif des biens*, 3^e éd., Paris : PUF, 1999, coll. « Thémis. Droit public », p. 59 ; C. GUETTIER, *Droit administratif des biens*, Paris : PUF, 2008, coll. « Thémis. Droit », n° 318, p. 233 et s. ; J.-M. AUBY, P. BON, J.-B. AUBY, et al., *op. cit.*, n° 279, p. 198 ; Ph. GODFRIN et M. DEGOFFE, *Droit administratif des biens : domaine, travaux, expropriation*, 11^e éd., Paris : Sirey, 2015, coll. « Sirey université », n° 28, p. 13 ; N. FOULQUIER, *Droit*

aucun texte à vocation générale affirmant cette prohibition¹⁷¹. En droit positif¹⁷², seule une disposition du Code général de la propriété des personnes publiques vise expressément que « les opérations d'aliénation du domaine mobilier de l'État ne peuvent être réalisées ni à titre gratuit, ni à un prix inférieur à la valeur vénale »¹⁷³.

43. L'interdiction des cessions à vils prix. Cependant, à y regarder de plus près, on comprend que la proclamation d'une telle interdiction est inutile. Le droit public rejette les cessions à vil prix. Posée en matière d'aides, la règle interdit qu'une personne publique cède ses biens à un prix inférieur à sa valeur. L'interdiction ne se limite pas aux seuls biens mobiliers de l'État ; la condamnation est générale. Pour les biens appartenant à l'État, elle est affirmée par le Conseil constitutionnel dans les termes suivants¹⁷⁴ :

La Constitution s'oppose à ce que des biens ou des entreprises faisant partie du patrimoine public soient cédés à des personnes poursuivant des fins d'intérêt privé pour des prix inférieurs à leurs valeurs¹⁷⁵.

S'agissant des biens des collectivités territoriales, la solution a longtemps été posée par la loi¹⁷⁶. Elle a été reprise à son compte par le Conseil d'État dans le célèbre arrêt *Commune de Fougerolles* du 3 novembre 1997¹⁷⁷. La Haute juridiction proclame alors le « principe selon

administratif des biens, 2^e éd., Paris : LexisNexis, 2013, coll. « Manuels », n° 272, p. 119.

¹⁷¹Dans le même sens, V. A. FOUBERT, *Le don en droit*, thèse de doctorat en droit, Paris : Université Paris II, 2006, n° 274, p. 259.

¹⁷²Pour une étude des dispositions de droit positif, V. *ibidem*, n°s 274 et s., p. 259 et s. Pour certains auteurs, il résultait du droit antérieur aux codifications du Code général de la propriété des personnes publiques et du Code général des collectivités territoriales une interdiction générale. Les textes étaient supposés contenir implicitement un tel principe. Pendant longtemps et jusqu'à son abrogation par une loi du 2 mars 1982, l'article L. 311-8 du Code des communes disposait que les immeubles ou droits immobiliers appartenant aux communes et à leurs établissements publics devaient être vendus par adjudication avec publicité et concurrence (sur cette procédure, V. CE, 20 février 1981, *Cristakis de Germain et autres*, n° 13526, *Rec.* p. 637 ; CE, 23 mai 1986, *Consorts Richard*, n° 48303, *Rec.* p. 147), ce qui aurait exclu toute autre procédure ou mode d'aliénation notamment par voie de libéralités (V. J.-F. DAVIGNON, art. précité). L'actuel Code général des collectivités territoriales ne contient pas de disposition équivalente. S'agissant du domaine de l'État, les auteurs ont parfois recours à quelques textes particuliers de l'ancien Code du domaine de l'État pour justifier cette interdiction (V. L. TOUVET, art. précité ; Ph. YOLKA, *op. cit.*, p. 581). D'une part, l'ancien article L. 54 prévoyait que le service des domaines procédant à l'aliénation du domaine privé devait recouvrer le prix. Cette dernière disposition était censée cantonner l'aliénation du domaine privé de l'État à la seule hypothèse de la vente et était donc incompatible avec toute idée de libéralité. D'autre part, l'ancien article L. 69 précisait expressément que l'aliénation des biens mobiliers ne pouvait être réalisée à titre gratuit, ni à un prix inférieur à sa valeur vénale. De telles dispositions n'ont pas été reprises par l'actuel Code général de la propriété des personnes publiques qui remplace la partie législative de l'ancien Code du domaine de l'État (dont la partie réglementaire est toujours en vigueur).

¹⁷³CGPPP, art. L. 3211-18.

¹⁷⁴V. Cons. const., 25-26 juin 1986, n° 86-207 DC ; *Rec.* p. 61. *Adde* Cons. const., 18 septembre 1986, n° 86-217 DC, *Rec.* p. 141 ; *AJDA* 1994, p. 786 note C. GONDOUIN.

¹⁷⁵Ici la notion de patrimoine public s'entend largement et ne se confond pas avec le domaine public de l'État.

¹⁷⁶D'abord, l'article 4 de la loi n° 82-6 du 7 janvier 1982, puis à l'article L. 1511-1 du Code général des collectivités territoriales dans sa version antérieure à la loi n° 2004-809 du 13 août 2004, qui a réécrit ce texte. Si sa lettre change, la règle est conservée.

¹⁷⁷CE, 3 novembre 1997, *Commune de Fougerolles*, n° 169473 ; C. CHAMARD-HEIM, F. MELLERAY, R. NOGUELLOU, et al., *Les grandes décisions du droit administratif des biens*, 2^e éd., Paris : Dalloz, 2015, n° 92, p. 925 et s. ; *AJDA* 1997, p. 1010, obs. L. RICHER ; *RFDA* 1998, p. 12, concl. L. TOUVET.

lequel une collectivité publique ne peut céder un élément de son patrimoine à un prix inférieur à sa valeur », érigeant cette règle en véritable principe général du droit.

Le droit administratif interdit le déséquilibre des prestations. Il sanctionne la lésion qui tournerait au profit du cocontractant de l'Administration. Il importe peu qu'elle ait consenti à ce déséquilibre. L'équivalence des prestations s'apprécie alors objectivement¹⁷⁸. En d'autres termes, s'il est fait interdiction aux personnes publiques de céder leur patrimoine privé à un prix inférieur à sa valeur, *a fortiori* elles ne sauraient s'en séparer gratuitement¹⁷⁹ : « l'interdiction d'aliéner à vil prix rejoint ainsi la prohibition plus générale des libéralités »¹⁸⁰.

Si les auteurs s'accordent sur le principe d'interdiction des libéralités en droit public, ils peinent à se rejoindre sur son fondement.

§2. Le fondement de la prohibition

44. Un principe général du droit. L'interdiction des libéralités en droit public découle d'un double principe : l'inaliénabilité du domaine public et l'obligation de la cession des éléments du domaine privé aux conditions du marché. Pourtant plusieurs auteurs ont cherché un fondement propre à une telle interdiction, sans y parvenir efficacement. Ainsi, il a été soutenu que le principe d'interdiction des libéralités résulte « d'une règle coutumière, sans doute si profondément ancrée dans nos traditions politiques et juridiques qu'elle n'a jamais fait, en tant que telle, l'objet d'une formulation législative »¹⁸¹. Elle serait « traditionnelle en droit public »¹⁸². Il est vrai qu'un tel principe est rarement mis en œuvre¹⁸³. Un commissaire du gouvernement l'a justifié. Selon lui, « l'illégalité de ces dons est si bien connue que [le

¹⁷⁸V. *supra*, n° 28. Sur la nécessité d'une cause réelle et sérieuse en droit administratif, V. F. CHÉNÉDÉ, « L'utilité de la cause en droit contemporain des contrats : l'apport du droit administratif », *Contrats, conc. consom.* 2008, étude n° 8.

¹⁷⁹V. P. DEVOLVÉ, « Droit de propriété et droit public » in *Guy Braibant, juriste et citoyen : mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris : Dalloz, 1996, p. 149 et s., spé p. 159 ; J.-M. AUBY, P. BON, J.-B. AUBY, et al., *op. cit.*, n° 279, p. 198 ; Ph. YOLKA, *op. cit.*, p. 581 ; P. IDOUX, « Les dons et subventions des personnes publiques aux personnes privées », in N. JACQUINOT (dir.), *Le don en droit public*, Actes du colloque du 1^{er} et 2 décembre 2011, Toulouse, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole : Paris, LGDJ-Lextenso éd., 2013, p. 157 et s.

¹⁸⁰V. Y. GAUDEMET, *op. cit.*, n° 39, p. 28.

¹⁸¹V. J.-F. DAVIGNON, art. précité.

¹⁸²V. Y. GAUDEMET, *op. cit.*, n° 39, p. 28.

¹⁸³V. CE, 17 mars 1893, *Chemin de fer de l'Est, Rec.*, p. 245. Il s'agissait en l'espèce de calculer le montant dû par le Ministre de la Guerre à la société de chemin de fer pour les transports effectués pendant la guerre de 1870.

Conseil d'État] eut peu d'occasions d'en censurer »¹⁸⁴, de sorte que pendant longtemps, la condamnation des libéralités en droit public trouvait son expression dans deux anciens arrêts¹⁸⁵. Cependant, le Conseil d'État a depuis peu expressément proclamé l'interdiction des libéralités. Dans deux affaires récentes, la solution retenue était fondée sur « l'interdiction faite aux personnes publiques de consentir des libéralités »¹⁸⁶. Ce faisant, la Haute juridiction administrative retient la thèse défendue par un auteur voyant dans l'interdiction des libéralités un véritable principe général du droit¹⁸⁷.

45. Un principe constitutionnellement garanti. Si le Conseil d'État considère le principe d'interdiction des libéralités comme un principe général du droit, il est possible de se demander si celui-ci n'a pas également une valeur constitutionnelle. Le principe de l'inaliénabilité du domaine public n'a jamais reçu ce « sacrement »¹⁸⁸, alors même que son ancêtre constituait l'une des Lois fondamentales du Royaume¹⁸⁹. Un tel principe ne s'imposerait, en effet, qu'à l'Administration ; le législateur n'y serait pas soumis¹⁹⁰. En outre, ce principe est relatif puisqu'il suffit d'un acte de déclassement pour que le bien quitte le domaine public et intègre le domaine privé¹⁹¹.

¹⁸⁴V. L. TOUVET, art. précité.

¹⁸⁵V. CE, 6 mars 1914, *Syndicat de la boucherie de la ville de Châteauroux*, *Rec.*, p. 308 (interdiction des subventions communales) ; CE, 25 novembre 1927, *Sté des établissements Arbel*, *Rec.*, p. 1114 (interdiction des remises d'impôts).

¹⁸⁶V. CE, 4 mai 2011, *CCI Nîmes, Uzes, Bagnols et Le Vigan*, n° 334280 ; *Dr. adm.* 2011, comm. 67, note F. BRENNET ; *Contrats-Marchés publ.* 2011, comm. 216, obs. G. ECKERT ; CE, 22 juin 2012, *CCI de Montpellier*, n° 348676 ; *Contrats-Marchés publ.* 2012, comm. 246, obs. G. ECKERT. Dans ces deux espèces, le Conseil d'État condamne toute disproportion manifeste entre l'indemnisation stipulée par le contrat et le préjudice réellement subi par le cocontractant lorsqu'elle est au détriment de l'Administration. Dans un précédent avis, le Conseil d'État avait déjà précisé que la transaction ne devait pas constituer une libéralité (V. CE, 6 décembre 2002, *Syndicat intercommunal des établissements du second degré de l'Hay-les-Roses*, avis n° 249153, *Rec.*, p. 433 ; *RJEP* 2003, p. 566).

¹⁸⁷V. P. DEVOLVÉ, art. précité, spéc. p. 159.

¹⁸⁸Sur l'absence de valeur constitutionnelle de ce principe et sa critique, V. Y. GAUDEMET, « Libertés publiques et domaine public », in *Mélanges Jacques Robert : Libertés*, Paris : Montchrestien, 1998, p. 125 et s. ; « Du domaine de la couronne au domaine public », in *Le droit administratif : permanences et convergences : mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Paris : Dalloz, 2007, p. 525 et s. ; É. FATÔME, « À propos des bases constitutionnelles du droit du domaine public », *AJDA* 2003, p. 1192 et s. Sur liens entre ce principe et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, V. D. COSTA, « L'inaliénabilité et l'imprescriptibilité du domaine public », in *Bien public, bien commun : mélanges en l'honneur d'Étienne Fatôme*, Paris : Dalloz, 2011, p. 89 et s. Ces auteurs sont favorables à la reconnaissance d'une telle valeur pour certains biens du domaine public, notamment le domaine public naturel.

¹⁸⁹V. Y. GAUDEMET, « Du domaine de la couronne au domaine public : Étude d'histoire des doctrines », art. précité.

¹⁹⁰À dire vrai, le Conseil constitutionnel n'a jamais pris clairement position sur cette question. Invité à le faire à plusieurs reprises, il a cependant refusé d'affirmer un tel principe. Les auteurs ont pris l'habitude de citer à ce propos une loi du 25 juillet 1994 permettant la constitution de droits réels sur le domaine public lors de laquelle le Conseil constitutionnel a été invité à se positionner sur la valeur constitutionnelle du principe de l'inaliénabilité du domaine public. Ce dernier n'a pas pris position sur cette question puisqu'aucune disposition ne prévoyait l'aliénation des biens du domaine public (V. C. const., 21 juillet 1994, n° 94-346 DC, *AJDA* 1994, p. 786, note G. GOUDOUIN). Inaliénabilité et indisponibilité ne sont pas synonymes (V. *infra*, n° 181.). Pour autant, le Conseil considère qu'« il incombe au législateur lorsqu'il modifie les dispositions relatives au domaine public de ne pas priver de garanties légales les exigences constitutionnelles qui résultent de l'existence et de la continuité des services publics auxquels il est affecté ».

¹⁹¹V. J.-M. AUBY, P. BON, J.-B. AUBY, et al., *op. cit.*, n°s 106 et s., p. 76 et s. Comp. C. const., 23 juillet 1996, n° 96-380 DC, à propos de la loi relative à France Telecom, dans laquelle le Conseil remarque que les biens

Il reste alors la question de la valeur de l'interdiction des cessions à vils prix. Elles sont prohibées par le Conseil constitutionnel. Pour motiver leurs décisions, les sages se fondent principalement sur le *principe d'égalité des citoyens devant la loi*¹⁹². Le principe d'égalité constituerait le fondement même de l'interdiction plus générale des libéralités en droit public¹⁹³. Il s'inscrit alors dans la logique révolutionnaire. S'intéressant à l'histoire du don dans la sphère publique¹⁹⁴, un auteur a montré à quel point il était un « procédé de gouvernement » sous l'Ancien-Droit¹⁹⁵. Objet de très nombreuses critiques à la veille de la Révolution française¹⁹⁶, l'auteur remarque qu'« il semble que les considérations s'opposant à ce que le « souverain » fasse des libéralités se soient imposées »¹⁹⁷. Rapprochée de la question des subventions publiques, cette idée prend une coloration particulière. De telles subventions ne seraient, en effet, qu'une réminiscence des « libéralités consenties par le Prince à des tiers »¹⁹⁸.

Toute la doctrine ne s'accorde pas sur ce fondement¹⁹⁹. Certains auteurs considèrent que cette interdiction puise sa source dans le fait que les biens des personnes publiques sont « directement ou indirectement le support de l'intérêt général dont elles ont la charge » de sorte que « les personnes et collectivités publiques ne peuvent consentir de libéralités »²⁰⁰. D'autres auteurs estiment encore que ce premier fondement – l'égalité devant les charges

seront déclassés avant leur aliénation de sorte que la question de l'inaliénabilité du domaine public ne se posait pas. *Adde* M. ROUGEVIN-BAVILLE, R. DENOIX de SAINT-MARC, D. LABETOULLE, *Leçons de droit administratif*, Paris : Hachette, 1989, p. 548, pour lesquels « la règle de l'inaliénabilité ne signifie pas que tout bien du domaine public soit à tout jamais inaliénable. Elle signifie simplement que toute vente d'un bien faisant partie du domaine public est nulle si elle n'est pas précédée d'une procédure consistant, après avoir mis fin à l'affectation de ce bien, à prononcer son déclassement, c'est-à-dire à le faire passer dans le domaine privé de la personne publique propriétaire ».

¹⁹²V. Cons. const., 25-26 juin 1986, précité ; Cons. const., 18 septembre 1986. Les sages se réfèrent également à l'article 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 relative à la protection du droit de propriété.

¹⁹³V. J.-F. DAVIGNON, art. précité ; Ph. YOLKA, *op. cit.*, p. 581 ; Y. GAUDEMET, *Droit administratif des biens*, *op. cit.*, n° 35, p. 25. Déjà en ce sens, V. R. HERTZOG, « Linéament d'une théorie des subventions », *RF fin. publ.* 1988, n° 23, p. 5 et s., spéc. p. 31.

¹⁹⁴V. A. FOUBERT, *op. cit.*, nos 256 et s., p. 241 et s.

¹⁹⁵V. *ibidem*, n° 259, p. 245.

¹⁹⁶V. A. FOUBERT, *op. cit.*, nos 262 et s., p. 248 et s.

¹⁹⁷V. *ibidem*, n° 266, p. 252.

¹⁹⁸V. F. BLOCH-LAINÉ, « Avant-propos », *RF fin. publ.* 1988, n° 23, p. 1 et s.

¹⁹⁹Pour un auteur, « c'est la protection des intérêts patrimoniaux du propriétaire public qui justifie une telle solution ». Il remarque que le principe d'égalité des usagers s'applique également aux biens non affectés et qu'il ne peut donc en constituer le fondement (V. Ph. YOLKA, *op. cit.*, p. 279). Un second auteur précise que la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen n'interdit pas par elle-même la cession de la propriété publique à vil prix. Le principe proclamé par le Conseil constitutionnel ajouterait à l'article 17 qui vise à protéger ladite propriété contre l'aliénation forcée et l'expropriation (V. Y. GAUDEMET, *Droit administratif des biens*, *op. cit.*, n° 36, p. 25).

²⁰⁰V. F. BOURRACHOT, « La liberté des personnes publiques de disposer de leurs biens », *RFDA* 2003, p. 1110 et s. ; Y. GAUDEMET, *op. cit.*, n° 39, p. 28. *Adde* L. TOUVET, art. précité, selon lequel l'interdiction serait « la conséquence du critère de l'intérêt général exigé pour admettre la légalité d'une délibération d'une collectivité locale ». Or, une libéralité pure et simple constituerait selon lui un détournement de pouvoir dans la mesure où elle ne répond qu'à un intérêt privé.

publiques – est insuffisant et le complètent avec un second exprimé comme étant un « principe de protection des finances publiques »²⁰¹.

Alors que le principe d'interdiction des libéralités en droit public semble bien arrêté, il n'est en réalité que théorique. Le droit public admet que les personnes publiques puissent consentir des libéralités. L'étude du droit positif le montrera.

Section II. Approche empirique : l'autorisation

Si l'interdiction des libéralités en droit public est un principe constamment martelé, il ne résiste pas à l'étude du droit positif. Le dogme cède face à l'approche empirique. Les manifestations de l'admission des libéralités en droit public sont nombreuses. Bien que conscients de ces phénomènes, la doctrine refuse majoritairement d'y voir la reconnaissance des libéralités publiques. Pourtant, leur confrontation avec les définitions retenues par le droit privé l'impose.

En l'état du droit positif, les libéralités publiques existent : leurs manifestations (§1) imposent leur reconnaissance (§2).

§1. Les manifestations

46. Des dispositions spéciales permettant des aliénations gratuites. S'il n'existe pas de textes généraux interdisant les libéralités faites par les personnes publiques, certains textes spéciaux admettent, dans des conditions bien précises, des aliénations à titre gratuit du patrimoine privé en faveur de personnes de droit privé. La loi prévoit un certain nombre d'hypothèses dans lesquelles l'État, les collectivités territoriales et les établissements publics peuvent disposer à titre gratuit de leurs biens²⁰². Une telle possibilité n'est ouverte qu'en

²⁰¹V. L. RICHER, « L'action administrative bénévole », in L. RICHER (dir.), *L'activité désintéressée, réalité ou fiction juridique*, Actes du colloque des 15 et 16 octobre 1981, Paris : Economica, 1982, p. 123 et s. ; A. FOUBERT, *op. cit.*, n° 290, p. 273.

²⁰²Pour une étude complète de ces dispositions, V. A. FOUBERT, *Le don en droit*, thèse de doctorat en droit, Paris : Université Paris II, 2006, n° 278, p. 263.

matière de biens mobiliers²⁰³. Les quelques auteurs à s'être intéressés à ces textes n'y voient que de simples dérogations au principe général d'interdiction des libéralités²⁰⁴.

Au-delà de ces textes anecdotiques, il existe en droit positif des mécanismes qui permettent, à n'en pas douter, aux personnes publiques de réaliser de véritables libéralités. Ces mécanismes sont de deux ordres : d'abord, les cessions à vil prix (A) ; ensuite, les subventions publiques (B).

A. Les cessions à vil prix

47. L'admission des cessions à vil prix motivées par la défense de l'intérêt général. De prime abord, le droit public pose un principe clair : celui de l'interdiction faite aux personnes publiques de céder son patrimoine à un prix inférieur à sa valeur. Il s'agit de l'interdiction des cessions à vil prix, le plus souvent à un euro symbolique. Le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel veillent à son respect.

Cependant, les décisions qui posent l'interdiction, précisent dans le même temps les conditions dans lesquelles le principe peut être écarté : l'existence d'un motif d'intérêt général. Ainsi, dans l'arrêt *Communes de Fougerolles*, du 17 octobre 1997, le Conseil d'État a jugé que « la cession par une commune d'un terrain à une entreprise pour un prix inférieur à sa valeur ne saurait être regardée comme méconnaissant le principe selon lequel une collectivité publique ne peut pas céder un élément de son patrimoine à un prix inférieur à sa valeur à une personne poursuivant des fins d'intérêt privé lorsque *la cession est justifiée par*

²⁰³Ainsi, l'article L. 3212-2 du Code général de la propriété des personnes publiques vise de nombreux cas dans lesquels l'État peut céder à titre gratuit son mobilier inutilisé. Il est notamment possible à l'État ou ses établissements de céder à titre gratuit des biens meubles dont la valeur unitaire est inférieure à un certain seuil (300 €/objet - Arrêté du 3 septembre 2011, art. 1^{er}) à certaines associations dont les ressources sont affectées à des œuvres d'assistance à charge pour elles de les redistribuer aux bénéficiaires de cette œuvre. De la même manière, ces personnes peuvent céder leur matériel informatique dont elles n'ont plus l'emploi à des associations de parents d'élèves ou des associations d'étudiants (sous le seuil de 152 euros unitaire). Une même possibilité est prévue pour les collectivités territoriales, leurs établissements et groupements (CGPPP, art. L. 3212-3). Enfin, il est prévu que le ministère de la défense puisse céder dans ces formes les biens meubles dont il n'a plus l'emploi à « des associations ou organismes agissant pour la préservation ou la mise en valeur du patrimoine militaire, ou contribuant au renforcement du lien entre la Nation et son armée ». Dans cette dernière hypothèse aucune limitation de montant n'est édictée. Si la loi prévoit des cas d'aliénations gratuites de biens immobiliers, elles ne le sont qu'entre personnes publiques, notamment la possibilité pour l'État de céder à titre gratuit aux communes les immeubles sur lesquels pourront être édifiés des monuments aux morts ou à la gloire de la France (CGPPP, art. L. 3212-1). Sur celles-ci, V. C. GUETTIER, *Droit administratif des biens*, Paris : PUF, 2008, coll. « Thémis. Droit », n° 318, p. 234 ; Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, t. 2, *Droit administratif des biens*, 15^e éd., Paris : LGDJ-Lextenso éd., 2014, n° 669, p. 389. Pour d'autres exemples de cessions immobilières notamment entre l'État et les universités, V. C. GUETTIER, n° 319, p. 234 et 235. Adde N. BETTIO, « Les aliénations gratuites entre personnes publiques », in N. JACQUINOT (dir), *Le don en droit public*, Toulouse, Presse de l'Université de Toulouse ; Paris, LGDJ-Lextenso éd., 2013, coll. « Actes de colloque », t. 17, p. 129 et s.

²⁰⁴V. Ph. YOLKA, *La propriété publique : éléments pour une théorie*, préf. Y. GAUDEMET, Paris : LGDJ, 1997, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 191, p. 580 ; C. GUETTIER, *op. cit.*, n° 318, p. 234.

des motifs d'intérêt général, et comporte des contreparties suffisantes »²⁰⁵. Rendue à l'occasion d'une cession réalisée au profit d'une entreprise et sous l'empire du droit antérieur²⁰⁶, la solution a été réitérée en matière d'association sous l'empire du droit positif²⁰⁷. L'intérêt général va alors s'apprécier à l'échelon de la personne publique qui réalise la cession : national ou local²⁰⁸.

De son côté le Conseil constitutionnel semble retenir une approche similaire. Répondant à une question prioritaire de constitutionnalité, les sages ont récemment précisé que des cessions sans contrepartie, correspondant à la valeur réelle du patrimoine, ne pouvaient avoir lieu au profit de personnes poursuivant des intérêts privés²⁰⁹. Interprétée *a contrario*, cette réponse impliquerait que de telles cessions sont possibles en cas de poursuite de missions d'intérêt général²¹⁰.

En d'autres termes, si les cessions à vil prix sont encadrées, elles sont néanmoins possibles dès qu'elles répondent à des motifs d'intérêt général. Il en va de même des subventions publiques.

B. Les subventions publiques

Les subventions publiques sont celles attribuées aux organismes de droit privé. Elles sont distinctes des subventions dites « administratives »²¹¹, qui désignent les subventions que les

²⁰⁵V. CE, 17 octobre 1997, *Commune de Fougerolles*, précité (Nous soulignons). Déjà en ce sens, V. TA Lyon, 22 novembre 1989, *Tête*, JCP G 1990, II 21424, obs. J.-F. DAVIGNON.

²⁰⁶La solution était rendue avant la modification de l'article 1511-3 du Code des collectivités territoriales au point qu'il a été soutenu qu'elle n'aurait plus vocation à s'appliquer depuis l'entrée en vigueur de la loi du 13 août 2004 au sujet des aides accordées aux entreprises qui sont désormais limitées par un seuil fixé par décret (V. C. GUETTIER, *op. cit.*, n° 318, p. 234), sauf lorsque l'aide profite à un organisme ne répondant pas à la définition d'entreprise au sens de ce texte (V. Ph. GODFRIN et M. DEGOFFE, *Droit administratif des biens : domaine, travaux, expropriation*, 11^e éd., Paris : Sirey, 2015, coll. « Sirey université », n° 29, p. 14).

²⁰⁷V. CE, 25 novembre 2009, *Commune de Mer c/ Prépin et Raoul*, n° 310208 ; JCP G 2010, 325, note C. CHAMARD-HEIM ; *Dr. adm.* 2010, n° 2, comm. 23, note F. MELLERAY ; JCP A 2010, 2031, note M.-C. ROUAULT ; AJDA 2010, p. 51, obs. Ph. YOLKA.

²⁰⁸Au stade de la commune, il faut caractériser un intérêt général communal. V. CE, 25 novembre 2009, précité ; TA Lyon, 22 novembre 1989, précité.

²⁰⁹V. C. const., 17 décembre 2010, n° 2010-67/86 QPC ; *Dr. adm.* 2011, n° 3, comm. 30, note J. MARCHAND ; JCP A 2011, 2002, note Ph. YOLKA.

²¹⁰Dans le même sens, V. Y. GAUDEMET, *op. cit.*, n° 37-1, p. 27.

²¹¹Celles-ci se distingueraient des dotations. La subvention administrative serait opérée « sans affectation prédéterminée », tandis que les dotations seraient « octroyées en vue d'une dépense particulière » (V. P.-M. GAUDEMET et J. MOLINIER, *Finances publiques*, t. 1, *Budget, trésor*, 7^e éd., Paris : Montchrestien, 1996, coll. « Domat. Droit public », n° 129, p. 186). D'autres auteurs tiennent ces deux notions pour synonymes (V. J.-L. ALBERT, *Finances publiques*, 9^e éd., avec la collaboration de L. SAIDJ, Paris : Dalloz, 2015, coll. « Cours Dalloz. Série Droit privé », n° 712, p. 674).

collectivités territoriales s'accordent entre elles²¹², ou celles existant entre l'État et les collectivités territoriales consécutives à la décentralisation²¹³.

Pour être admises, les subventions publiques doivent revêtir deux caractéristiques : permettre un financement dans l'intérêt général (1) et ne donner lieu à aucune contrepartie (2).

1. Un financement dans l'intérêt général

48. Définition de la subvention. Si pendant longtemps, aucune définition légale de la subvention n'a été retenue, le législateur a récemment comblé cette lacune²¹⁴. Désormais, les subventions s'entendent comme des « contributions facultatives de toute nature, [...] décidées par les autorités administratives et les organismes chargés de la gestion d'un service public industriel et commercial, justifiées par un intérêt général et destinés [à des] organisme[s] de droit privé »²¹⁵. À l'instar des cessions à vil prix, les subventions doivent être justifiées par un motif d'intérêt général²¹⁶, c'est-à-dire par un intérêt public²¹⁷. Là encore, l'appréciation de cet intérêt ne se fait pas *in abstracto*²¹⁸, mais à l'échelon auquel la subvention est attribuée : local ou national²¹⁹. Lorsqu'elles ont recours à des subventions, les personnes publiques doivent

²¹²V. A. de LAUBADÈRE, *Traité élémentaire de droit administratif*, t. 3, *Grands services publics et entreprises nationales*, Paris : LGDJ, 1966, n° 85, p. 79.

²¹³P.-M. GAUDEMET et J. MOLINIER, *op. cit.*, n° 119, p. 169. Adde J.-L. ALBERT, *op. cit.*, nos 712 et s., p. 674 et s.

²¹⁴L. n° 2004-856 du 31 juillet 2014, art. 59, introduisant un nouvel article 9-1 à la loi n° 2000-321 du 12 avril 2002. Adde J.-M. PASTOR, « Vers une définition juridique des subventions publiques », *AJDA* 2013, p. 2232 et s.

²¹⁵Si le texte ne distingue pas au sein des personnes morales de droit privé, la définition législative est pensée seulement du côté des organismes à but non lucratif et principalement des associations (V. Rapp. AN 2014, n° 1891, p. 160 ; Rapp. Sénat 2014, n° 84, p. 75).

²¹⁶Il existe une seconde condition de légalité des subventions publiques, à savoir la neutralité de l'action publique. Les pouvoirs publics ne sauraient intervenir ni politiquement, ni de manière cultuelle afin de ne pas heurter l'interdiction posée par la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation de l'Église et de l'État (V. J. WALINE, *Droit administratif*, 7^e éd., Paris : Sirey, 1957, n° 508, p. 296). Les juridictions administratives font preuve d'une approche très casuistique (V. J.-P. MARTIN, « Les subventions publiques aux associations cultuelles reconnues d'utilité publique », *AJDA* 2002, p. 1453 et s.), au point d'être « extrêmement subtile » (V. M. KARPENSCHIF, « Contrats publics (...) », art. précité. Adde. P. IDOUX, « Les dons et subventions des personnes publiques aux personnes privées », in N. JACQUINOT (dir.), *Le don en droit public*, Actes du colloque du 1^{er} et 2 décembre 2011, Toulouse, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole : Paris, LGDJ-Lextenso éd., 2013, p. 157 et s.). En revanche, des aides au financement des édifices cultuels sont possibles (V. F. DEBOISSY et G. WICKER, « Le statut juridique et fiscal des associations cultuelles ou comment dépasser le relativisme d'État », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, Paris : LexisNexis : Dalloz, 2012, p. 763 et s., n° 29 et s.). Par ailleurs, il n'est pas rare qu'une association poursuive une activité entrant dans un champ concurrentiel et puisse être qualifiée d'entreprise. Dans ce cas, la subvention octroyée doit être soumise au lourd régime du droit de la concurrence imposé par le droit national et le droit communautaire, notamment par les articles L. 1511-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales. Sur celles-ci, V. J.-P. COLSON et P. IDOUX, *Droit public économique*, 7^e éd., Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso éd., 2014, coll. « Manuels », nos 554 et s., p. 279 et s., et nos 615 et s., p. 309 et s. ; S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, 4^e éd., Paris : LGDJ-Lextenso éd., 2014, coll. « Domat. Droit public », nos 418 et s., p. 2287 et s.

²¹⁷V. A. de LAUBADÈRE, *op. cit.*, n° 86, p. 80.

²¹⁸En faveur d'une appréciation *in concreto* reposant sur un faisceau d'indices, V. O. ROUSSET, « Les communes et la liberté de subventionner les personnes privées », *LPA* 1996, n° 42, p. 10 et s.

²¹⁹La jurisprudence retient une définition large de cet intérêt puisqu'elle a par exemple admis que des départements puissent subventionner la restauration d'un village (V. CE, 16 juin 1997, *Dpt de l'Oise*, n° 170069 ; *RFDA* 1997, p. 948 concl. L. TOUVET), la production d'un film ayant pour objet d'assurer la promotion du département (V. CAA Bordeaux, 21 décembre 2004, *Dpt de la Charente, Sté Arena Film ; Collectivités - Intercommunalité* 2005, comm. 78, note J. MOREAU). En revanche, elle s'est fondée sur l'absence d'un tel intérêt public local pour annuler une subvention accordée à une association en vue d'organiser une

respecter leurs compétences²²⁰. Il s'agit d'une simple application du principe de spécialité attaché à la personnalité morale²²¹. Par ailleurs, selon une approche classique²²², le motif d'intérêt général est écarté dès que l'activité du bénéficiaire de la subvention ne profite qu'à ses membres²²³.

49. Particularités des subventions adressées aux associations transparentes. Par ailleurs, selon la définition légale, la subvention publique est adressée à une personne morale de droit privé. Néanmoins, il arrive en pratique qu'une personne publique décide de constituer une telle personne pour assumer une mission d'intérêt général qui lui revient normalement²²⁴. L'association ainsi créée est dite « transparente », « para-administrative », ou encore *in house*²²⁵. Cette pratique a donné lieu à la fameuse jurisprudence *Commune d'Aix-en-Provence*²²⁶. Le Conseil d'État y pose les bases de solution en matière de gestion d'un service

manifestation de portée nationale (V. CE, 6 mai 1996, *Dpt de l'Aude*, n° 162903), des subventions communales accordées à une association d'obédience maçonnique en vue de la rénovation de leurs locaux (V. TA Montpellier, 22 avril 2008, *AJDA* 2008, p. 1383, note P. de MONTE). Pour une critique, V. J.-P. MAUBLANC, « La subvention versée à une association d'élus pour un département Pays Basque ne présente pas d'intérêt public communal », *JCP A* 2007, 2155, pour lequel la définition stricte retenue par la jurisprudence limite le champ d'intervention des collectivités territoriales tel que résultant des réformes de la décentralisation.

²²⁰V. M. HAURIU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^e éd., Paris Sirey, 1933, rééd., par A. HAURIU, préf. P. DELVOLVÉ et F. MODERNE, Paris : Dalloz, 2002, coll. « Bibliothèque Dalloz », n° 508, p. 298. Adde S. DAMAREY, « Les conditions d'attribution d'une subvention à une association », *AJDA* 2008, p. 2397 et s. ; J. MOREAU, « Quelle procédure suivre pour accorder des subventions aux associations ? », *JCP A* 2003, 1184. Adde M. KARPENSCHIF, « Contrats publics et subventions », *CP-ACCP* 2008, n° 73, p. 52 et s. Au rang de ces champs de compétence spécialement attribués, l'auteur en dénombre quatre principaux : le développement économique comme dans l'arrêt *Commune de Fougerolles* précité (CGCT, art. L. 1511-1 et s.), le soutien des nouvelles activités comme les réseaux et les services locaux de communication (CGCT, art. L. 1425-1), les aides à l'exploitation de salles de cinéma (art. L. 3232-1 CGCT) et enfin, les aides à l'équipement rural (CGCT, art. L. 3232-1). Pour un autre auteur, l'intérêt local peut être positivement défini par « l'utilité sociale, économique ou culturelle que doit impérativement revêtir l'opération subventionnée » (V. O. ROUSSET, art. précité).

²²¹V. *infra*, n°s 312. et s., spéc. n° 325.

²²²Que l'activité du groupement ne profite pas à ses seuls membres est une condition caractéristique de l'intérêt général. V. *infra*, n°s 190. et 253.

²²³V. J.-P. MAUBLANC, art. précité, à propos de CE, 4 avril 2005, *Commune d'Argentan*, n° 264.596, *AJDA* 2005, p. 1295.

²²⁴Le recours au mécanisme de l'association par les personnes publiques pour gérer une mission de service public est jugé licite par le Conseil d'État (V. CE, ass., 13 mai 1938 ; *Caisse primaire aide et protection* ; M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, et al., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 20^e éd., Paris : Dalloz, 2015, coll. « Grands arrêts », n° 48, p. 294 ; CE, 8 juin 1994, *Delrez*, *AJDA* 1995, p. 921, obs. C. BRAUD). Pour autant, dès les années 1960, la Section de l'intérieur du Conseil d'État se demandait s'il était pertinent d'appeler association de tel groupement au service de l'administration (V. M. POMEY, *Traité des fondations d'utilité publique*, Paris : PUF, 1980, p. 422, citant les rapports annuels du Conseil d'État de 1964-1965 et 1964-1966).

²²⁵V. C. DENIZEAU, *J.-Cl. administratif*, fasc. 170 : « Associations – Associations de droit commun, associations para-administratives ». Adde S. NICINSKI, « Étendue et fondement de la responsabilité d'une personne publique à l'égard d'une association qu'elle subventionne », *AJDA* 2003, p. 1276 et s. Un auteur a relevé trois critères cumulatifs pour caractériser l'association transparente (V. A. SEVINO, « L'association loi de 1901, la subvention est-elle le prélude à la sanction ? », *Gaz. Pal.* 2001, n° 352, p. 24 et s.) : une dépendance aux regards des organes dirigeants de droit ou de fait à l'égard de la collectivité qui assure le subventionnement ; l'origine majoritairement publique des ressources ; un objet statutaire permettant à l'association de développer des activités constituant des missions d'intérêt général, voire de service public.

²²⁶Dans cette affaire la Commune d'Aix-en-Provence subventionnait un festival d'art lyrique organisé par une association.

public par une association transparente²²⁷. Elles ont été depuis reprises par le juge judiciaire²²⁸. La Haute juridiction administrative estime que la réalité doit prévaloir sur les apparences juridiques dès lors que l'Administration conserve l'entière maîtrise de la structure *ad hoc* juridiquement et fonctionnellement distincte. Ainsi, la gestion du service public par cet « opérateur dédié » équivaut à une gestion en régie et n'appelle donc aucun régime particulier²²⁹. Tout se passe comme si la collectivité gérait elle-même le service public²³⁰ en gestion directe par la « maîtrise de l'activité »²³¹, en quelque sorte comme une « régie privée »²³². L'association transparente est finalement considérée comme un démembrement de la personne publique²³³. En cela, elle est « une association administrative, elle n'est plus une association aidée »²³⁴. La collectivité peut donc librement subventionner une telle association. La question de la nature de la convention ne se pose donc pas puisque dans ce cas la subvention à l'association revient pour la personne publique à « s'auto-financer ».

Outre que la subvention a pour finalité un financement d'intérêt général, elle doit avoir lieu sans contrepartie.

2. Un financement sans contrepartie

50. L'absence de rémunération. La nouvelle définition légale de la subvention précise dans un second temps que « les contributions ne peuvent constituer la rémunération de

²²⁷V. CE, 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence* ; *AJDA* 2007, p. 1020, obs. F. LENICA et J. BOUCHER ; *JCP A* 2007, 2128, note J.-M. PONTIER ; *JCP A* 2007, 2111, note M. KARPENSCHIF. Déjà sur la reconnaissance des associations transparentes, V. CE, 2 février 1979, *Min. Agr. c/ Gauthier*, *Rec.* p. 38 (responsabilité administrative) ; CE, 13 janvier 1993, *Galtier*, n° 63044, *Rec.*, p. 11 (responsabilité administrative). *Adde.* CE, 21 mars 2007, *Commune de Boulogne-Billancourt*, n° 281796 (marchés publics) ; *D.* 2007, p. 1937, obs. M. DREIFUSS ; *AJDA* 2007, p. 915, obs. J.-D. DREYFUS ; *Contrats-Marchés publ.* 2007, comm. 137, note G. ECKERT ; CE, 14 octobre 2009, *Tramini*, n° 299554 (contrat de travail) ; *AJDA* 2010, p. 54, rapp. E. GEFFRAY.

²²⁸En matière de délit de favoritisme. V. *Crim.*, 30 juin 2004, n° 03-85.946, *Bull. crim.*, n° 177 (requalification par le juge administratif) ; *Contrats-Marchés publ.* 2004, comm. 221, obs. G. ECKERT ; *Crim.*, 7 novembre 2012, n° 11-82.961, *Bull. crim.*, n° 243 (requalification du juge judiciaire) ; *Gaz. Pal.* 2013, n° 40, p. 39, obs. E. DREYER ; *JCP A* 2013, 2131, note R. MESA ; *LPA* 2013, n° 95, p. 21, note S. NIQUÈGE ; .

²²⁹Le Conseil d'État considère, en l'espèce, que la commune d'Aix-en-Provence pouvait subventionner l'association sans avoir recours à un marché public ou une délégation de service public. Pour une analyse de ce motif, V. J.-M. PONTIER, « Mode d'emploi pour la gestion des services publics culturels », *JCP A* 2007, 2128. Pour une critique de cette décision et ses implications, V. M. KARPENSCHIF, « De l'utilité d'une association transparente », *JCP G* 2007, II 10132.

²³⁰L'association est alors soumise au Code des marchés publics pour subvenir à ses besoins (V. F. LENICA et J. BOUCHER, « Relations entre collectivités publiques et personnes privées exerçant une mission de service public : mode d'emploi », *AJDA* 2007, p. 1020 et s.). Il existerait alors un domaine public transparent (V. N. FOULQUIER, « Le domaine public transparent », in *Bien public, bien commun : mélanges en l'honneur d'Étienne Fatôme*, Paris : Dalloz, 2011, p. 141 et s.).

²³¹V. J.-M. PONTIER, art. précité.

²³²Selon une expression de M. KARPENSCHIF (V. art. précité).

²³³V. *ibidem*.

²³⁴V. J.-M. PONTIER, art. précité.

prestations individualisées »²³⁵. En d'autres termes, les subventions ne sauraient correspondre à la contrepartie d'une prestation réciproque²³⁶. Cette définition rappelle celle retenue par la doctrine : « une aide financière *sans contrepartie*, somme allouée, en général par les pouvoirs publics, en faveur d'une œuvre, d'une institution, d'une entreprise digne d'intérêts et d'encouragements »²³⁷.

51. Le financement d'une initiative privée. Il n'est pas nécessairement aisé en pratique de distinguer la subvention (sans contrepartie) de la délégation de service public et du marché public dans lesquels une contre-prestation est prévue²³⁸. L'activité d'intérêt général effectivement assumée par le bénéficiaire peut ne pas être très éloignée d'une mission de service public. L'œuvre poursuivie par celui-ci se confond souvent avec les missions des personnes publiques²³⁹. Si de prime abord les notions d'intérêt général et de service public, bien que proches²⁴⁰, ne se confondent pas, c'est en raison du critère organique participant à la définition du service public²⁴¹. Néanmoins, une personne publique n'est pas tenue d'assurer

²³⁵L. n° 2000-321 du 12 avril 2002, art. 9-1.

²³⁶Il faut distinguer la subvention publique, du *prix de journée, ou prix journalier* ou encore dotation globale, qui représente une part importante des ressources de certains organismes (V. Ministère de la Santé, de la Jeunesse et des Sports (éd.), *La subvention publique, le marché public et la délégation de service public*, Guide association, 2006, p. 19). Comme les subventions, ce sont des aides d'État lorsqu'elles sont délivrées par une personne publique, mais il ne s'agit pas de subvention *stricto sensu*. Le prix journalier est « un système de tarification de prestations de santé ou sociales » visant soit à contrôler le prix des services d'intérêt général soit à une prise en charge sous la forme de tiers payant. Ils peuvent avoir une origine publique comme privée (mutuelle, sécurité sociale). Ce sont des ressources propres qui visent à rémunérer une activité déterminée. Ces aides ne sont pas discrétionnaires, elles sont fondées sur des critères d'éligibilité résultant de dispositions légales ou réglementaires. Pour une illustration, V. CE, 6 juillet 1994, *Comité mosellan de sauvegarde de l'enfance, de l'adolescence et des adultes sur les prix de journée*, n° 110494, *Rec.*, p. 343. *Adde* F. CHARHON et I. COMBES (dir.), *Fondations, fonds de dotation : constitution, gestion, évolution*, Paris : Juris éd., 2011, coll. « Juris corpus », n° 13.19, p. 154.

²³⁷V. G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 22^e éd., Paris : PUF, 2014, coll. « Quadrige », v° *Subvention* (Nous soulignons). *Adde* Y. GAUDEMET, « Qu'est ce qu'une subvention publique ? », *RJEP* 2011, n° 9-9, p. 1 et s. ; R. HERTZOG, « Linéament d'une théorie des subventions », *RF fin. publ.* 1988, n° 23, p. 5 et s. L'Administration elle-même considère que la subvention se définit par « l'absence de contrepartie directe ou équivalente ». V. Ministère de la Santé, de la Jeunesse et des Sports (éd.), *op. cit.*, p. 36.

²³⁸La définition des marchés publics est donnée par l'article 1^{er} du Code des marchés publics tandis que celle de la délégation de service public se trouve à l'article 38 de la loi n° 93-122 dite *Sapin* du 29 janvier 1993 en matière de délégation de service public. Il résulte de ces définitions que les pouvoirs publics peuvent confier l'exécution d'un service public dont ils ont la charge à une personne privée. Si les bénéfices attendus proviennent sensiblement de l'exploitation de ce service et donc de ses usagers, il s'agit d'une délégation et la collectivité peut verser une petite contrepartie. En revanche, si la rémunération du cocontractant est versée par la personne publique alors il s'agit d'un contrat de marché public.

²³⁹V. J.-M. PONTIER, « Mode d'emploi pour la gestion des services publics culturels », *JCP A* 2007, 2128 ; S. NICINSKI, « Les associations et le droit administratif : plaidoyer pour la convention d'objectifs et de moyens », *Dr. adm.* 2006, étude n° 11, n° 7. Dans le même sens, un parlementaire lors des débats sur la loi relative au mécénat a affirmé que « le mécénat conduit nécessairement aux services publics, [...] lorsqu'une entreprise entreprend une action [de mécénat] [...] elle n'exerce pas autre chose qu'une action de service public » (V. JO Sénat CR 1987, n° 29, p. 1294). *Adde* R. BRICHET, « Dans quelle mesure les associations sportives et de jeunesse participent-elles à l'exécution d'un service public », in *Service public et libertés : mélanges offerts au Professeur Robert-Édouard Charlier*, Paris : Éd. de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, p. 371 et s.

²⁴⁰Le service public s'entend « usuellement d'une activité destinée à satisfaire un besoin d'intérêt général ». V. G. CORNU (dir.), *op. cit.*, v° *Service public I*.

²⁴¹V. R. CHAPUS, *Droit administratif général*, 15^e éd., Paris : Montchrestien, 2001, coll. « Domat. Droit public », n° 748, p. 569.

elle-même le service public en régie directe. Elle peut le déléguer à une personne privée²⁴². Le risque de requalification est alors élevé²⁴³. Si la subvention fait l'objet d'un régime souple²⁴⁴, les délégations de service public et les marchés publics sont soumis à de lourdes procédures de publicité et de mise en concurrence.

Finalement, *l'initiative*²⁴⁵ est un critère efficace de distinction entre les subventions publiques et les autres mécanismes. Lorsque l'initiative de l'activité revient à la personne de droit privé, il s'agit d'une subvention publique, et ce quand bien même cette activité s'apparenterait à une mission de service public. Au contraire, lorsque la personne publique est à l'origine de l'action, il s'agit d'une délégation ou d'un marché public²⁴⁶. La réception d'un tel critère en droit positif n'est plus à démontrer²⁴⁷. Le législateur vient même de le consacrer lorsqu'il précise que les subventions sont destinées à des « actions, projets ou activités [qui] sont initiés, définis et mis en œuvre par les organismes de droit privé bénéficiaires »²⁴⁸. *La subvention a pour but de financer une initiative privée*, mais elle ne constitue pas la rémunération de celle-ci.

Toutefois, il est un cas de figure dans lequel l'initiative privée n'est pas incompatible avec le service public²⁴⁹. C'est l'hypothèse dans laquelle la personne publique va s'emparer d'une certaine manière de l'initiative privée²⁵⁰. Dans la mesure où l'activité est initiée par d'autres, « le label de service public » va lui être reconnu²⁵¹. Dans ce cas, la personne publique en assure largement le financement moyennant un droit de regard étendu, bien supérieur à ce qu'il existe en matière de subventions publiques traditionnelles. Si l'opération n'est pas

²⁴²V. *ibidem*, n° 751, p. 570.

²⁴³V. D. MOREAU, « Les risques de requalification des subventions aux associations en marchés ou en délégation de service public », *AJDA* 2002, p. 902 et s. C'est la conscience d'un tel risque qui a poussé le législateur à définir la subvention (V. Rapp. Sénat, 2013, n° 84, p. 23). D'autres risques existent en la matière (V. S. DAMAREY, art. précité). En cas de non-réalisation de l'objet en vue duquel la subvention est versée, deux sanctions non contractuelles peuvent être prises. D'une part, le juge financier peut intervenir sur le fondement de la théorie de la « gestion de fait ». D'autre part, le juge pénal pourra selon les cas retenir l'infraction de détournement de fonds publics.

²⁴⁴V. Rapp. Sénat, 2013, n° 84, p. 23.

²⁴⁵V. D. MOREAU, art. précité ; S. NICINSKI, art. précité ; P. IDOUX, art. précité. *Adde* M. HAURIU, *op. cit.*, p. 320, qui parle des « initiatives particulières ». Comp. A. de LAUBADÈRE, *op. cit.*, n° 85, p. 79, qui parle des « initiatives qui s'exercent en toute liberté ».

²⁴⁶V. F. LENICA et J. BOUCHER, art. précité.

²⁴⁷La pratique administrative l'a depuis longtemps intégré (V. Ministère de la Santé, de la Jeunesse et des Sports (éd.), *op. cit.*, p. 14 ; Circ. du 7 janvier 2004, NOR : ECOZ0300024C, relative à l'application du Code des marchés publics, n° 2.4.1).

²⁴⁸Nous soulignons.

²⁴⁹V. CE, 18 mai 2005, avis n° 370169 in CE, *Études et documents : rapport public 2005*, Paris : la Documentation française, 2005, coll. « ECDE », n° 56, p. 185.

²⁵⁰Selon un auteur, « la personne publique « valide » ou cautionne, par son intervention, l'initiative privée ». V. J.-M. PONTIER, art. précité.

²⁵¹V. D. TRUCHET, « Nouvelles récentes d'un illustre vieillard. Label de service public et statut du service public », *AJDA* 1982, p. 427 et s. ; F. LENICA et J. BOUCHER, art. précité. Trois critères doivent être réunis : la responsabilité de l'activité doit être assumée par l'association ; la personne publique doit être exclue dans la détermination du contenu de l'activité ; la personne privée doit être à l'origine de l'activité (V. J.-M. PONTIER, art. précité).

disqualifiée dans la mesure où l'initiative du projet revient bien au bénéficiaire de la subvention, celle-ci constitue exceptionnellement une rémunération.

Les subventions et les cessions à vil prix sont largement admises lorsqu'elles sont motivées par des motifs d'intérêt général. À défaut de contrepartie, ces opérations réalisent des libéralités. La reconnaissance des libéralités publiques s'impose alors.

§2. La reconnaissance

52. Confusion autour de la notion de libéralité et d'acte à titre gratuit. À la lecture des solutions de jurisprudence et des commentaires doctrinaux, les cessions à vil prix et les subventions publiques ne seraient pas des manifestations de l'admission des libéralités en droit public²⁵². Selon les auteurs, ces opérations contiendraient des contreparties, l'intention libérale serait absente²⁵³. Tous n'admettent pas, pour autant, qu'elles réalisent des actes à titre onéreux. Certaines décisions²⁵⁴ et plusieurs auteurs²⁵⁵ considèrent être en présence d'actes à titre gratuit d'un autre genre que des libéralités. L'élément moral est alors érigé en critère de distinction au sein de la catégorie, nouvellement entendue, des actes à titre gratuit²⁵⁶. Une telle approche peut être discutée. Pour le comprendre, il convient de revenir sur ces deux propositions.

La première proposition consiste à défendre qu'il existe des actes à titre gratuit non motivés par l'intention libérale et consistant en l'abandon de droits réels. La définition même des actes de bienfaisance retenue surprend. L'élément moral, compris comme l'intention libérale, n'est pas propre aux libéralités, mais est un critère commun à tous les actes à titre gratuit²⁵⁷. En

²⁵²Par exemple, V. G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, t. 2, *La notion de service public, les individus au service public, le statut des agents publics*, 3^e éd., Paris : M. Giard, 1930, rééd., Paris : Dalloz, 2004., p. 49 (en matière de subventions).

²⁵³En matière de cessions à vil prix, ce dernier élément serait tenu en échec par la stipulation d'un prix symbolique. V. Ph. YOLKA, *op. cit.*, p. 580. *Contra* A. FOUBERT, *Le don en droit*, thèse de doctorat en droit, Paris : Université Paris II, 2006, n^{os} 183 et s., p. 171 et s.

²⁵⁴V. TA Lyon, 22 novembre 1989, *Tête*, *JCP* 1990, II 21424, selon lequel « l'aliénation à titre gratuit ne doit pas constituer une simple libéralité sans compensation pour la commune ou l'intérêt général dont elle a la charge ».

²⁵⁵V. Y. GAUDEMET, « Qu'est ce qu'une subvention publique ? », art. précité ; *Droit administratif des biens*, *op. cit.*, n^o 39 bis, p. 29 ; P. IDOUX, art. précité. *Adde* L. TOUVET, art. précité. Pour ce commissaire du gouvernement, « cette interdiction des libéralités trouve un tempérament lorsque l'apport ou la subvention de la personne publique trouve une contrepartie dans l'action des personnes privées bénéficiaires ». Il en déduit qu'« il ne s'agit plus de libéralité dès lors que l'avantage octroyé trouve une contrepartie dans l'activité d'intérêt général du bénéficiaire de la subvention ».

²⁵⁶V. Y. GAUDEMET, *ibidem* ; Ph. YOLKA, *op. cit.*, p. 580.

²⁵⁷V. *supra*, n^o 35.

outre, au sein de cette catégorie, le droit ne connaît que deux types d'actes : les libéralités et les services gratuits²⁵⁸. Les premiers emportent l'abandon d'un droit réel ; les seconds se caractérisent par la réalisation d'un service gratuit. La catégorie retenue n'existe pas en droit civil.

La seconde proposition, complémentaire de la précédente, consiste à retenir l'existence de contreparties et l'absence d'intention libérale du fait de la poursuite de motifs d'intérêt général. Une telle affirmation peut être doublement critiquée. D'abord, la recherche d'un avantage ne saurait constituer à elle seule une contrepartie²⁵⁹. Dans la mesure où ni la cession à vil prix, ni la subvention n'ont pour objet de rémunérer une prestation réalisée par leur bénéficiaire, il n'est pas possible de retenir l'existence d'un sacrifice réciproque²⁶⁰. Ces actes ne donnent lieu à aucune contrepartie. Ensuite, les auteurs semblent retenir une conception « pure » de l'intention libérale désormais dépassée²⁶¹. La satisfaction par la personne publique de ses propres intérêts n'est pas incompatible avec la caractérisation de l'élément moral des libéralités²⁶².

53. L'admission des libéralités en droit public. En matière de cessions à vil prix et de subventions, la personne publique réalise au profit d'une personne morale de droit privé l'abandon d'un droit réel sans contrepartie équivalente. Pour être licite, un tel dépouillement doit être motivé par un motif d'intérêt général, ce qui est traditionnel en droit public. L'action des personnes publiques est gouvernée par cette règle²⁶³. Érigée en condition de légalité de l'acte²⁶⁴, cette motivation ne saurait constituer sa contrepartie²⁶⁵, ni davantage faire échec à la

²⁵⁸Sauf à reconnaître avec certains auteurs, l'existence d'une troisième catégorie : les actes charitables (V. *supra*, note n° 48, ss n° 27.). Cependant, même à l'admettre, les manifestations étudiées à ce stade ne sauraient entrer dans cette catégorie.

²⁵⁹V. *supra*, n°s 31. et s.

²⁶⁰Dans le même sens, un auteur considère que « la personne publique ne reçoit aucune contrepartie directe pour la satisfaction de ses intérêts propres, puisque les fonds alloués ne sont pas consommés par elle, l'élément de la libéralité qui est de l'essence de l'acte à titre gratuit est bien présent » (V. M. BAZEX, « Les personnes publiques peuvent-elles faire des libéralités ? », in G. KOUBI et G. GUGLIELMI (dir.), *La gratuité, une question de droit ?*, Paris ; Budapest ; Torino : l'Harmattan, 2003, coll. « Logiques juridiques », p. 153 et s.).

²⁶¹V. *supra*, n° 35.

²⁶²V. *ibidem*.

²⁶³L'acte motivé par « un mobile étranger à tout intérêt public » succomberait sur le terrain du détournement de pouvoir (V. M. WALINE, *Droit administratif*, 7^e éd., Paris : Sirey, 1957, p. 421). *Adde* R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 1049.

²⁶⁴Dans le même sens, il a été soutenu que « les libéralités sont aussi des moyens d'intervention des personnes publiques soumis comme tels à leurs conditions générales de validité de procédure ou de fond », à savoir notamment « la conformité à l'intérêt général » (V. M. BAZEX, art. précité).

²⁶⁵Comp. A. FOUBERT, « Les contraintes pesant sur le juge, l'exemple du droit du don », *Droits* 2011, n° 54, p. 95 et s. Selon l'auteur, « en réalité l'étude de la jurisprudence révèle que les contreparties dont le juge fait, le cas échéant, le constat ne sont pas des contreparties qui viennent balancer l'appauvrissement de la personne publique mais plutôt des garanties ».

reconnaissance d'une intention libérale²⁶⁶. La personne publique, si elle est consciente de son sacrifice, n'en poursuit pas moins la réalisation de son propre intérêt comme le ferait une société commerciale qui participe à des opérations de mécénat. L'opération peut alors être qualifiée de libéralité. La forme de la donation varie alors. En matière de cessions à vil prix, il s'agit de donations indirectes²⁶⁷. Pour les subventions, la qualification n'est pas unitaire selon qu'elles sont attribuées par un acte unilatéral – donation indirecte²⁶⁸ – ou par une convention – donation ostensible sous seing privé²⁶⁹. Autre particularité : il n'est pas rare que les libéralités, concédées par voie de subventions, soient à exécution successive²⁷⁰.

Ainsi, rien n'interdit la reconnaissance des libéralités en droit public. Une telle solution a déjà été soutenue par plusieurs auteurs tant publicistes²⁷¹ que privatistes²⁷². Finalement, selon l'un d'entre eux, il n'est « plus possible en l'état du droit positif d'admettre l'existence d'un principe d'interdiction » des libéralités et plus généralement, du titre gratuit²⁷³. Les libéralités publiques sont possibles²⁷⁴.

²⁶⁶Comp. R. Hertzog, art. précité, spéc. p. 18, pour lequel la poursuite de l'intérêt général est compatible avec l'intention libérale.

²⁶⁷En droit civil, les cessions à vil prix peuvent être considérées comme des donations indirectes et requalifiées par le juge. V. F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Droit civil : Les successions, les libéralités*, 4^e éd., Paris : Dalloz, 2014, coll. « Précis. Droit privé », n° 573, p. 513.

²⁶⁸V. *infra*, n° 337. Comp. R. HERTZOG, art. précité, spéc. p. 41, selon lequel lorsque la subvention est octroyée par l'intermédiaire d'un acte juridique unilatéral, il est possible de s'interroger sur le point de savoir si la subvention ne revêt pas une forme contractuelle.

²⁶⁹Ce qui sera généralement l'hypothèse. Sous l'empire du droit antérieur, rien n'obligeait la personne publique à passer un contrat avec le bénéficiaire de la subvention. Le contrat étant considéré comme « singulièrement plus contraignant que l'acte unilatéral » (V. M. KARPENSCHEFF, « Contrats publics et subventions », *CP-ACCP* 2008, n° 73, p. 52 et s ; Ph. LIGNEAU, « Les conventions des collectivités locales avec le secteur social privé », *AJDA* 1985, p. 4 et s.). Désormais, il existe une « exigence quasi-généralisée d'une convention » (V. L. IDOUX, art. précité). La loi impose, en effet, la rédaction d'un instrument revêtu de certaines mentions lorsque les « autorités administratives » versent « des subventions pour un montant annuel supérieur ou égal à 23 000 euros » sans considération de la nature de l'organisme de droit privé bénéficiaire (L. n° 2000-321 du 12 avril 2000, art. 10. *Adde* D. n° 2001-495 du 6 juin 2001). En matière de subvention aux associations, différentes circulaires du Premier ministre sont intervenues pour encadrer strictement ces relations et les conventions auxquelles elles donnent lieu entre les collectivités publiques et les associations (V. Circ. du Premier ministre du 24 décembre 2002 (JO. 27/12/2002) ; Circ. du Premier ministre du 16 janvier 2007 (Circ. n° 5193/SG) ; Circ. du 18 janvier 2010 (JO. 20/01/2010 p. 1138). Pour une étude, V. J. MOREAU, « Quelle procédure suivre pour accorder des subventions aux associations ? », *JCP A* 2003, 1184.

²⁷⁰Elles ne sont pas méconnues du droit civil. Le caractère actuel de la donation est compatible avec un paiement non immédiat (V. Civ. 1^{re}, 22 février 2005, n° 03-14.111, *Bull. civ. I*, n° 91 ; *RTD civ.* 2005, p. 443, obs. M. GRIMALDI ; *RLDC* 2005, n°16, p. 50, obs. F. LEANDRI). S'agissant des subventions, en pratique les conventions conclues sont généralement pluriannuelles, car elles sont « plus aptes à renforcer l'efficacité globale du financement » (V. J.-M. PONTIER, « Relations financières pouvoirs publics-associations », *JCP A* 2010, act. 88).

²⁷¹V. R. HERTZOG, art. précité, spéc. p. 19 ; M. BAZEX, art. précité ; G.-J. GUGLIELMI, « Reconnaissance et usages de la gratuité en droit public », in N. MARTIAL-BRAZ et C. ZOLYNSKI (dir.), *La gratuité, un concept aux frontières de l'économie et du droit*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, 2013, p. 105 et s., spéc. p. 115. Comp. A. FOUBERT, *Le don en droit*, *op. cit.*, n°s 251 et s., p. 235 et s.

²⁷²V. M. PLANIOL, *D.* 1895, 1, p. 217. *Adde* M. GRIMALDI, *Droit civil : Libéralités, partages d'ascendants*, Paris : Litec, 2000, n° 1677, p. 500, note n° 32, qui considère les subventions publiques comme des « sortes de libéralités ».

²⁷³V. M. BAZEX, art. précité, p. 153 et s. L'auteur ajoute qu'« en définitive, le droit communautaire et le droit interne se rejoignent pour admettre qu'il n'existe pas en soi d'interdiction pour les personnes publiques de faire des libéralités. La seule règle qui se dégage [...] est celle selon laquelle [...] l'acte d'octroi de l'avantage par la personne publique doit être conforme à l'intérêt général et ne pas porter atteinte au principe d'égalité ».

²⁷⁴Faut-il aller jusqu'à admettre avec un auteur (V. M. BAZEX, art. précité) que les exonérations fiscales, nombreuses en matière de libéralité à caractère collectif (V. *infra*, n°s 190. et s.) constituent également des libéralités ? La réponse est négative même si l'exonération fiscale conduit à une renonciation à l'impôt. Le

54. Conclusion du chapitre. Les concepts de droit public et de libéralité sont compatibles. L'admission des subventions publiques et des cessions à vil prix en est la démonstration. Loin de constituer une exception à un dogmatique principe d'interdiction, elles mettent en œuvre un principe autonome, celui de l'admission des libéralités en droit public.

Motivée par l'intérêt général, la libéralité publique doit permettre à la personne publique de réaliser sa mission. La libéralité publique est donc une libéralité intéressée qui ne répond pas aux formes classiques visées par l'article 893 du Code civil. Il existe, en effet, des techniques originales permettant de réaliser des libéralités.

législateur vote des renoncations d'ordre général et impersonnel, il ne vise pas un bénéficiaire déterminé, mais une catégorie de groupements, sauf l'hypothèse particulière de la Croix rouge en matière de droits de mutation (CGI, art. 1071). La loi fiscale contient des renoncations futures (non actuelles) à l'impôt au profit de bénéficiaires indéterminés, dont l'étendue n'est pas certaine au jour du vote de la loi et qui peuvent être révoquées ou modifiées en cas de vote d'une nouvelle loi. La législation fiscale ne réalise donc pas de libéralités. Quant à l'Administration fiscale, elle se borne à appliquer, tout en l'interprétant, la loi. Les renoncations à l'impôt qu'elles autorisent ne sont pas discrétionnaires, elles ne reposent pas sur une volonté de la personne publique.

Chapitre III. L'existence de techniques libérales originales

55. L'insuffisance des techniques classiques. L'article 893 du Code civil prévoit deux manières de réaliser des libéralités. Aux termes de celui-ci : « Il ne peut être fait de libéralité que par donation entre vifs ou par testament. » De prime abord, la lettre de ce texte semble dresser une liste exhaustive d'actes constitutifs de libéralités. Pourtant, l'institution contractuelle entre époux constitue une libéralité²⁷⁵. Aussi, à côté des deux grands types de libéralités, existe-t-il d'autres catégories²⁷⁶. Si de nombreuses libéralités à caractère collectif intègrent sans mal la catégorie de la donation entre vifs et du testament, certaines d'entre elles reposent sur des techniques originales de libéralité²⁷⁷.

Pour s'en convaincre, il est deux illustrations emblématiques : l'acte de fondation entre vifs et la libéralité adressée à un organisme redistributeur telle que la Fondation de France. Le premier exemple est classique. L'acte de fondation est désormais défini par la loi comme étant « l'acte par lequel une ou plusieurs personnes physiques ou morales décident l'affectation irrévocable de biens, droits ou ressources à la réalisation d'une œuvre d'intérêt général et à but non lucratif. »²⁷⁸ Lorsqu'elle a pour but de créer un nouvel établissement, la fondation entre vifs repose sur un engagement unilatéral de volonté. En son temps, CASSIN avait déjà fait le lien entre l'acte unilatéral et la fondation²⁷⁹. Désormais, plus rien n'interdit de considérer l'engagement unilatéral de volonté comme source d'obligations en droit français et, par suite qu'il puisse réaliser une libéralité : une donation indirecte originale puisqu'unilatérale. Le second exemple vise la situation dans laquelle un bienfaiteur gratifie un organisme dont la mission est de redistribuer les fonds à d'autres organismes dits opérateurs. Dans cette hypothèse l'organisme désigné n'est pas un véritable gratifié, mais un intermédiaire de transmission. Plutôt qu'une libéralité avec charge, il convient d'y voir une fiducie aux fins de libéralité. En ce sens, SAVATIER ne faisait-il pas déjà le lien entre les libéralités *sub modo* et la

²⁷⁵V. F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Droit civil : Les successions, les libéralités*, 4^e éd., Paris : Dalloz, 2014, coll. « Précis. Droit privé », n° 250, p. 248. Adde M. GRIMALDI, *La nature juridique de l'institution contractuelle*, thèse de doctorat, Paris : Université de Paris II, 1977.

²⁷⁶V. F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *op. cit.*, n° 250, p. 248.

²⁷⁷Sur la paternité de la notion de « technique », V. F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *op. cit.*, n° 658, p. 583.

²⁷⁸L. n° 87-571 du 23 juillet 1987, art 18.

²⁷⁹R. CASSIN, *Droit civil approfondi et comparé : les libéralités avec charge et les fondations*, Paris : les Cours de droit, 1939, p. 322.

fiducie-libéralité²⁸⁰ ? Là encore, au-delà des apparences, rien ne s'oppose à l'admission de telles fiducies.

Finalement, ces deux exemples montrent que les libéralités à caractère collectif ne peuvent se satisfaire des seules techniques classiques de libéralités. Il convient à ce stade de dépasser les obstacles qui voudraient limiter l'émergence de ces techniques originales. L'engagement unilatéral de volonté comme la fiducie peuvent être le support de véritables libéralités. Simplement, la fiducie aux fins de libéralité ayant récemment fait l'objet d'une prohibition par la loi du 19 février 2007²⁸¹, son admission est nécessairement limitée.

56. Plan. En l'état du droit positif, rien ne s'oppose à la reconnaissance des libéralités par engagement unilatéral de volonté (Section I), comme de manière limitée des fiducies aux fins de libéralité (Section II).

Section I. La reconnaissance des libéralités par engagement unilatéral de volonté

Reconnaître que l'engagement unilatéral de volonté peut être le support d'une libéralité et en particulier d'une libéralité à caractère collectif impose d'admettre qu'il puisse être source d'obligations, ce qui lui a longtemps été contesté. L'engagement unilatéral de volonté a pourtant récemment été l'objet d'une consécration sans équivoque par la jurisprudence. Pour autant, son admission n'est pas totale et la doctrine défend un usage parcimonieux de cette nouvelle institution. Comme source d'obligation, l'engagement unilatéral de volonté doit pouvoir réaliser une libéralité. Acte neutre, il intègre sans difficulté la catégorie des donations indirectes.

Ainsi, l'engagement unilatéral de volonté comme source d'obligations (§1), peut être le support de libéralités (§2).

²⁸⁰R. SAVATIER, « La fiducie en droit français », in *Travaux de la Semaine internationale de droit*, t. 5, *La fiducie en droit moderne*, Paris : Sirey, 1937, p. 57 et s.

²⁸¹C. civ., art. 2013, inséré par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007.

§1. L'engagement unilatéral de volonté, source d'obligations

Si la question de la réception par le droit français de l'engagement unilatéral de volonté a été l'objet d'âpres débats au cours des deux derniers siècles, elle semble désormais résolue dans le sens de l'affirmative. Nombreuses sont, à l'heure actuelle, les manifestations de cette admission. La doctrine refuse, pourtant, de lui faire jouer un rôle plein et entier ; elle en limite l'admission.

L'admission de l'engagement unilatéral de volonté est donc tout à la fois récente (A) et limitée (B).

A. Une admission récente

Si l'admission de l'engagement unilatéral de volonté comme source d'obligations est récente, c'est qu'elle n'allait pas de soi. De nombreuses objections lui ont été opposées. Elles ont été surmontées. La réfutation des objections (1) a rendu possible la consécration de l'engagement unilatéral de volonté (2).

1. La réfutation des objections

57. L'essor de l'engagement unilatéral. La question de la reconnaissance de l'engagement unilatéral de volonté pose celle de savoir si une volonté seule peut s'engager et créer des obligations à son encontre. La loi reconnaît que la volonté peut être source d'obligations lorsqu'elle est renfermée dans un acte juridique ou qu'elle résulte d'un fait juridique²⁸². Au sein des actes juridiques, l'accent est mis sur le contrat, qui serait seul à même de créer véritablement des obligations. Si un certain nombre d'obligations et d'effets juridiques sont attachés à des actes unilatéraux – testament, reconnaissance d'un enfant ou encore acceptation d'une succession²⁸³ – ils le sont par l'effet de la loi et non de la volonté. L'acte juridique unilatéral ne serait qu'un mode imparfait de création d'obligations. La

²⁸²V. F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil : Les obligations*, 11^e éd., Paris : Dalloz, 2013, coll. « Précis. Droit privé », n^{os} 15 et s., p. 25 et s. *Adde* C. GRIMALDI, *Quasi-engagement et engagement en droit privé : recherche sur les sources des obligations*, préf. Y. LEQUETTE, Paris : Defrénois, 2007, coll. « Doctorat & Notariat », t. 23, n^{os} 1 et s., p. 1 ets.

²⁸³Le droit des obligations connaît également un grand nombre d'actes unilatéraux au rang desquels la résiliation d'un contrat successif à durée indéterminée, la ratification, la confirmation, etc. V. Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 7^e éd., Paris : Defrénois-Lextenso éd., 2015, coll. « Droit civil », n^o 435, p. 218.

volonté, exprimée seule, ne pourrait créer des obligations *ex nihilo*²⁸⁴, mais simplement s'engager à l'application d'effets juridiques légaux²⁸⁵.

Alors que la distinction entre acte juridique unilatéral et convention semblait bien établie, la question a connu un regain d'intérêt à la fin du XIX^e en raison de la promulgation outre Rhin du BGB allemand²⁸⁶. À côté du contrat, ce code consacre une nouvelle source d'obligations volontaires : l'« engagement unilatéral de volonté »²⁸⁷. La réception de ce nouveau modèle a été soutenue avec vigueur par SALEILLES²⁸⁸. S'inspirant de ses travaux, la doctrine s'est interrogée sur la possibilité et l'opportunité de recueillir en droit français ce que certains ont dénommé « l'engagement par déclaration unilatérale de volonté »²⁸⁹. Des auteurs tels que JOSSERAND²⁹⁰ et GÉNY²⁹¹ l'ont défendu ; de nombreux systèmes étrangers l'ont admis²⁹².

²⁸⁴V. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, 16^e éd., Paris : Sirey, 2014, coll. « Sirey Université. Série Droit privé », n° 496, p. 509 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 51, p. 67.

²⁸⁵À propos des actes unilatéraux, un auteur estime que « la plupart ont un régime spécifique qui n'est pas véritablement source autonome d'obligations » et que lorsqu'ils conduisent à des obligations « il s'agit d'obligations légales et non définies par l'obligé lui-même » (V. A. BÉNABENT, *Les obligations*, 14^e éd., Paris : Montchrestien-Lextenso éd., 2014, coll. « Domat. Droit privé », n° 10, p. 9). Dans le même sens, il a été soutenu que « certains actes unilatéraux bien que n'engageant pas directement, déclenchent l'application d'un statut légal emportant obligation » (V. Ph. JESTAZ, « L'engagement par volonté unilatérale », in *Les obligations en droit français et en droit belge, convergences et divergences*, Actes des Journées d'étude organisées les 11 et 12 décembre 1992, Bruxelles, Bruylant ; Paris, Dalloz, 2009, coll. « Collection de la Faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles », p. 3 et s., spéc. p. 6). En d'autres termes, si l'acte juridique engendre des obligations et des droits, « en aucun cas, il n'est générateur d'obligations au sens technique du terme » (V. B. STACK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil*, t. 2, *Les obligations*, vol. 1, *Contrat*, 6^e éd., Paris : Litec, 1998, n° 54 et 55, p. 19). Finalement, les effets de l'acte unilatéral pourraient être regroupés autour de deux axes : un effet abdicatif ou extinctif et un effet déclaratif (V. *ibidem*), encore qu'un troisième axe serait envisageable : la création d'une personne morale (J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *op. cit.*, n° 496, p. 509).

²⁸⁶Pour une étude de ses dispositions et de son influence, V. C. WITZ, « Contrat ou acte juridique ? » in F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats : réflexions et propositions d'un groupe de travail*, Paris : Dalloz, 2009, coll. « Thèmes & commentaires : actes », p. 51 et s.

²⁸⁷Cette nouvelle institution devait permettre de résoudre le problème lié aux promesses de récompenses, difficulté qui a été résolue en droit français par le recours à la théorie du contrat (V. F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 53, p. 70). Pourtant pour certains auteurs, la théorie de l'engagement unilatéral de volonté était plus propice à servir de fondement à la condamnation des publicitaires (V. Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 436, p. 219). L'engagement unilatéral rendrait, en effet, mieux compte de l'institution car l'engagement est parfait par la seule volonté de son auteur (V. C. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 746, p. 335). Pour lui, la promesse de récompense est un engagement unilatéral conditionnel. Toute la doctrine ne partage pas cet avis (V. A. SÉRIAUX, *Droit des obligations*, 2^e éd., Paris : PUF, 1998, coll. « Droit fondamental. Droit civil », n° 9, p. 30 (non repris) ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *op. cit.*, n° 503, p. 517).

²⁸⁸R. SALEILLES, *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'Empire allemand*, 3^e éd., Paris : LGDJ, 1925, rééd., Paris : Éd. la Mémoire du droit, 2001, coll. « Références », nos 138 et s., p. 142 et s. Adde R. WORMS, *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations en droit romain et en droit français*, Paris : A. Girard, 1891.

²⁸⁹V. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *op. cit.*, n° 489, p. 503. Pour un auteur, l'utilisation du terme « déclarant » évite le recours à celui de promettant généralement attaché à l'engagement unilatéral de volonté, mais qui contribue à une confusion avec les promesses de contrat (V. D. LUELLES, *L'engagement par déclaration unilatérale de volonté en droit civil*, 12^e conférence Albert-Mayraud, éd. Thémis, 2008, n° 3, p. 4).

²⁹⁰L. JOSSERAND, *Cours de Droit civil positif français, Théorie générale des obligations*, t. 2, *Théorie générale des obligations - Les principaux contrats du droit civil - Les sûretés*, 3^e éd., Paris : Sirey, 1939, n° 395, p. 221.

²⁹¹F. GÉNY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, t. 2, Paris : LGDJ, 1954, n° 172 bis, p. 160 et s., spéc. p. 163.

²⁹²Une approche comparative de la question a montré que de nombreux systèmes juridiques avaient également reçu le concept. V. C. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 836 et s., p. 387 et s.

58. Les objections en droit français. Le Code civil est muet sur l'existence ou non de l'engagement unilatéral de volonté. La doctrine s'est alors divisée sur le point de savoir si le droit français ne s'opposait pas à ce qu'une seule volonté puisse être créatrice d'effets juridiques et d'obligations en dehors de tout cadre légal. Il a toujours été admis que nul ne peut créer de part sa seule volonté des obligations à la charge des tiers²⁹³. Le débat s'est donc cristallisé pour savoir si un engagement unique de volonté pouvait rendre débiteur l'auteur de ce dernier. Plusieurs séries d'arguments ont été soulevées pour s'opposer à cette source d'obligation²⁹⁴ au point qu'un auteur a pu s'étonner de l'abondance et de la permanence des objections²⁹⁵. Tous n'ont évidemment pas la même force. Quelques-uns ont facilement été combattus, tels l'absence de cette catégorie d'acte en droit romain et dans l'ancien droit ou l'absence de référence à celle-ci au sein de l'article 1370 du Code civil²⁹⁶. D'autres objections sont apparues plus délicates à surmonter sans pour autant emporter la conviction de toute la doctrine. Elles sont de deux ordres. D'un côté, il a été reproché à la théorie de l'engagement unilatéral de volonté d'être inutile dans un système juridique suffisamment achevé²⁹⁷. Il n'en est rien en matière de libéralité à caractère collectif : le recours à l'engagement unilatéral de volonté permet seul de consolider l'acte de fondation entre vifs²⁹⁸. D'un autre côté, cet engagement souffrirait d'une double impossibilité conceptuelle. Il ne saurait être reconnu qu'une volonté peut se lier seule sans admettre qu'elle se délie seule²⁹⁹, ni davantage qu'une

²⁹³V. B. STACK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 56, p. 19 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *op. cit.*, n° 499, p. 511 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 435, p. 218 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 51, p. 67.

²⁹⁴Pour une étude exhaustive de ces arguments et leur discussion, V. M.-L. IZORCHE, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, préf. J. MESTRE, Aix-en-Provence : PUAM, 1995, coll. « Institut de droit des affaires ».

²⁹⁵V. *ibidem*, n° 15, p. 27.

²⁹⁶V. H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 2, *Obligations*, 9^e éd., par F. CHABAS, Paris : Montchrestien, 1998, n° 358, p. 349 ; J. MARTIN de LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral : essai sur la notion et sa technique en droit civil*, préf. P. RAYNAUD, Paris : Sirey, 1951, n° 285, p. 265 ; P. GUIHO, *Cours de droit civil*, t. 4, *Les obligations*, Lyon : éd. l'Hémès, 1979, coll. « Droit, économie, gestion. Bibliothèque », n° 15, p. 14. *Contra* A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit français et allemand*, préf. R. PERROT, Paris : LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 19, n° 444, p. 447 ; M.-L. IZORCHE, *op. cit.*, n° 20, p. 28. L'engagement unilatéral de volonté ne correspondant à aucune hypothèse connue en 1804, les rédacteurs n'y auraient consacré aucun développement, sans nécessairement vouloir en condamner l'utilisation. Il ne s'agirait alors que d'une simple omission (V. M.-L. IZORCHE, *op. cit.*, n° 21, p. 30 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 52, p. 68 ; D. MAZEAUD, note ss CA Toulouse, 14 février 1996, *D.* 1997, p. 168). D'autres auteurs estiment que l'article 1370 du Code civil contient explicitement l'autorisation de l'engagement unilatéral de volonté par une interprétation exégétique (V. J.-S. MATEESCO, *L'obligation unilatérale et le Code civil*, thèse de doctorat en droit, Paris : Université de Paris, 1919, nos 35 et s., p. 51 et s.). Par ailleurs, une approche comparative montre qu'en Belgique, qui connaît le même article 1370, la doctrine et la jurisprudence ont largement admis la reconnaissance de l'engagement unilatéral de volonté (V. D. LLUELLES, *op. cit.*, nos 56 et s., p. 42 et s.).

²⁹⁷V. G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil : Les obligations*, t. 1, *Les sources*, 2^e éd., Paris : Sirey, 1988, nos 357 et s., p. 370 et s. ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, n° 362, p. 351.

²⁹⁸V. *infra*, n° 208.

²⁹⁹V. R. ELIAS, *Théorie de la force obligatoire de la volonté unilatérale : étude et critique*, Paris : impr. Larose et Tenin, 1909, p. 90 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 6, *Obligations*, 1^{re} partie, 2^e éd., par P. ESMEIN, Paris : LGDJ, 1952, n° 10, p. 11 ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*,

obligation existe sans créancier³⁰⁰. Ces arguments ont largement été combattus. D'abord, il a été reproché au premier de pouvoir être étendu aux obligations conventionnelles. À suivre l'affirmation, la volonté devrait pouvoir se délier même en présence d'une convention³⁰¹. Par ailleurs, il a été défendu que s'il existe une liberté en matière d'engagement, c'est celle de s'engager ou non, et non celle de se délier³⁰². Ensuite, les auteurs relèvent que l'engagement unilatéral de volonté est bel et bien adressé à un bénéficiaire, fut-il indéterminé au jour de l'engagement³⁰³. Le droit français ne s'y oppose pas dans la mesure où il est admis que le bénéficiaire d'une stipulation pour autrui ne soit pas déterminé au jour de la stipulation, mais au jour de son exécution³⁰⁴.

Finalement, aucun obstacle ne s'oppose véritablement à la reconnaissance de l'engagement unilatéral de volonté comme source d'obligations³⁰⁵. Ce faisant, l'ordre juridique peut, s'il le désire, attacher à la volonté unilatérale la création d'obligations. Tel semble bien la voie qu'il a suivie. Les manifestations de la consécration de l'engagement unilatéral de volonté comme source d'obligations sont nombreuses.

2. La consécration

La consécration expresse de l'engagement unilatéral de volonté est l'œuvre de la jurisprudence. La Chambre sociale de la Cour de cassation est la première à se référer à cette source pour fonder ses décisions en visant l'engagement unilatéral de l'employeur³⁰⁶, qui constitue un engagement unilatéral de volonté. Dans un second temps, les autres chambres de la Cour de cassation ont adopté une démarche similaire. Depuis, des auteurs expliquent un certain nombre de mécanismes légaux par le prisme de l'engagement unilatéral de volonté. L'engagement unilatéral de volonté a d'abord été consacré en droit social (a), puis en droit commun (b).

n° 360, p. 350 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *op. cit.*, n° 356, p. 368. *Contra* A. RIEG, *op. cit.*, n° 445, p. 447 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 52, p. 68 ; Ph. JESTAZ, art. précité, spéc. p. 13 et s.

³⁰⁰V. J. CHABAS, *De la déclaration de volonté en droit civil français*, Paris : Sirey, 1931, p. 146.

³⁰¹V. J. MARTIN de LA MOUTTE, *op. cit.*, n° 287, p. 266.

³⁰²V. J.-L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, préf. J. FLOUR, Paris : LGDJ, 1970, n° 112, p. 118 ; M.-L. IZORCHE, *op. cit.*, n° 40, p. 39.

³⁰³V. M.-L. IZORCHE, *op. cit.*, n°s 41 et s., p. 41 et s. ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 52, p. 68 ; Ph. JESTAZ, art. précité, spéc. p. 12.

³⁰⁴V. F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *ibidem*.

³⁰⁵V. *ibidem*.

³⁰⁶Avant elle, la Cour de cassation ne s'était jamais fondée expressément sur l'engagement unilatéral de volonté, ce qui n'empêcha pas certains auteurs de voir dans ses décisions sa reconnaissance implicite. V. J.-L. AUBERT, *op. cit.*, n° 183, p. 172 ; M.-L. IZORCHE, *op. cit.*, n°s 168 et s., p. 127 ets.

a. En droit social

59. Apparition de l'engagement unilatéral comme source. En droit social, l'engagement unilatéral de volonté est apparu depuis une trentaine d'années. Dès un arrêt du 4 avril 1990, la Cour de cassation s'est fondée sur l'existence d'un engagement unilatéral au soutien de sa solution³⁰⁷. Au visa de l'article 1134 du Code civil, la Chambre sociale énonce que « l'employeur n'est en droit de revenir à tout moment sur un engagement unilatéral que si celui-ci a été pris pour une durée indéterminée ». Depuis cette date, le recours à cette nouvelle source est constant³⁰⁸ au point d'avoir été pleinement consacré par la formation la plus solennelle de la Cour de cassation. Le 5 mars 2010, l'Assemblée plénière était appelée à se prononcer sur le licenciement d'un gardien par un syndicat de copropriétaire³⁰⁹. Une clause du règlement de copropriété, prévoyant une procédure de licenciement spécifique, n'avait pas été respectée. La Cour de cassation qualifie cette clause d'« engagement unilatéral du syndicat des copropriétaires » dont la violation privait de cause réelle et sérieuse le licenciement. L'engagement unilatéral de l'employeur complète ainsi l'arsenal des sources du droit du travail.

60. Évolution de l'engagement unilatéral comme source. Au départ, le recours à l'engagement unilatéral de l'employeur a été circonscrit aux décisions de l'employeur³¹⁰. Étaient visées les seules obligations qui ne jouissaient pas d'une force obligatoire en vertu des sources traditionnelles du droit du travail³¹¹. Dans un second temps, l'engagement unilatéral de l'employeur a permis de donner effets aux accords dits « atypiques »³¹² sans recourir artificiellement aux usages d'entreprise³¹³. Finalement, la jurisprudence a recours à

³⁰⁷V. Soc., 4 avril 1990, n° 86-42.626, *Bull. civ. V*, n° 161 ; *D. soc.* 1990, p. 803, note J. SAVATIER ; J. PÉLISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD, et al., *Les grands arrêts du droit du travail*, 4^e éd., Paris : Dalloz, 2008, coll. « Grands arrêts », n° 176, p. 793 et s.

³⁰⁸V. Soc., 4 avril 1990, n° 87-40.580, *Inédit* ; Soc., 2 mai 2001, n° 99-41.264, *Bull. civ. V*, n° 143 ; *Dr. soc.* 2011, p. 1102, note B. GAURIAU ; Soc., 25 septembre 2007, n° 06-41.370, *Inédit* ; Soc., 24 avril 2013, n° 12-10.196, *Bull. civ. V*, n° 114 ; *JCP S* 2013, 1225, note G. LOISEAU ; *Dr. soc.* 2013, p. 567, obs. C. RADÉ.

³⁰⁹V. Ass. plén., 5 mars 2010, n° 08-42.843, n° 08-42844, *Bull. ass. plén.*, n° 1 ; *JCP G* 2010, 606, note D. CORRIGNAN-CARSIN ; *JCP S* 2010, 1187, note C. PUIGELIER.

³¹⁰Un auteur affirme d'ailleurs que la reconnaissance de l'engagement unilatéral de volonté en droit social découle du pouvoir de direction et d'organisation de l'employeur par lequel il peut tant se lier que gouverner (V. C. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 660, p. 294).

³¹¹Plan social, décisions unilatérales spontanées, décisions individuelles en faveur d'un salarié (V. S. RENAUD, *L'engagement unilatéral de volonté de l'employeur*, Mémoire de DEA droit social, Paris : Université Paris II, 1999, n°s 24 et s., p. 17 et s.).

³¹²De tels accords sont ceux appliqués volontairement par l'employeur, ou qu'il s'est engagé à appliquer, nonobstant le vice de validité dont ils souffrent et qui l'empêchent de constituer des conventions collectives. Sont visés les actes dont l'élaboration n'est pas conforme aux règles sur la négociation collective notamment les exigences majoritaires (V. G. AUZERO et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 30^e éd., Paris : Dalloz, 2015, coll. « Précis. Droit privé », n° 764, p. 813).

³¹³Les accords de Grenelle de 1968 constituent un exemple célèbre. Non signés par les parties, ils ne pouvaient valoir comme accord collectif. Ils ont, pourtant, été appliqués. L'existence d'une coutume instantanée a été

l'engagement unilatéral pour des obligations qui, jusqu'alors, trouvaient leurs origines dans des usages d'entreprise, par exemple les subventions d'employeur au comité d'entreprise lorsque ce dernier s'est engagé à soutenir le groupement au-delà des seuils légaux³¹⁴. Certains auteurs en déduisent que l'engagement unilatéral de l'employeur a vocation à englober toutes les « petites » sources d'obligations au sein de l'entreprise³¹⁵.

L'engagement unilatéral de volonté est donc une source autonome. Pour autant, son admission n'est pas sans limite. Les actes émanant du pouvoir disciplinaire de l'employeur ne sauraient trouver leur justification dans l'engagement unilatéral de volonté³¹⁶, qui crée des créances en faveur des salariés à l'encontre de l'employeur et non l'inverse³¹⁷.

Répondant à des logiques qui lui sont propres, le droit social pouvait recevoir assez aisément l'engagement unilatéral de volonté au rang des sources d'obligations. Restait au droit commun à admettre une telle possibilité.

b. *En droit commun*

61. La jurisprudence en matière d'exécution des obligations naturelles. En droit commun, la Cour de cassation a pour la première fois eu recours à l'engagement unilatéral de volonté pour asseoir sa jurisprudence en matière d'obligations naturelles. Si l'article 1235 du Code civil prévoit que le paiement d'une obligation naturelle est valable et n'ouvre pas droit à l'action en répétition de l'indu, la jurisprudence a rapidement été confrontée à des promesses d'exécuter une obligation naturelle restées infructueuses. Afin de contraindre le promettant à s'exécuter, la Cour de cassation a depuis longtemps admis que face à une telle promesse, l'obligation naturelle se muait en obligation civile. Si pendant un temps, la Haute juridiction a eu recours à différentes institutions au rang desquelles la novation³¹⁸ pour fonder sa solution,

défendue (V. B. STARCK, « À propos des accords de Grenelle », *JCP* 1970, I 2363).

³¹⁴V. *infra*, n° 152.

³¹⁵V. A. MAZEAUD, *Droit du travail*, 9^e éd., Paris : LGDJ-Lextenso éd., 2014, coll. « Domat. Droit privé », n° 90, p. 71 ; E. DOCKÈS, « L'engagement unilatéral de l'employeur », *Dr. soc.* 1994, p. 227 et s. ; G. PIGNARRE, « Grandeur sans faiblesse de l'engagement unilatéral en droit du travail », in *Mélanges en l'honneur du doyen Roger Decottignies*, Grenoble : Presses universitaires de Grenoble, 2003, p. 283 et s., n° 12. Comp. G. COUTURIER, obs. ss Soc, 18 mars 1997, *Dr. soc.* 1997, p. 544 ; obs. ss Soc., 19 novembre 1997, *Dr. soc.* 1997, p. 90, selon lequel la Cour de cassation retiendrait une approche différente entre les engagements qui ont la nature d'un engagement unilatéral de volonté de ceux qui n'en ont que la valeur. Ces derniers viseraient tirant leur source de la négociation et donc la convention : accords atypiques.

³¹⁶Notamment les mesures prises au titre du règlement intérieur (V. E. DOCKÈS, art. précité ; C. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 661, p. 294).

³¹⁷À cet égard, la nature des recommandations patronales a pu être l'objet de controverses. Sur celles-ci, V. N. MOLFESSIS, « La nature des recommandations patronales », *RTD civ.* 2000, p. 200 et s.

³¹⁸V. Req, 20 novembre 1876, *D.* 1878, 1, p. 376 ; Req, 2 novembre 1932, *D.* 1932, p. 572 ; Civ., 23 décembre 1935, *D.* 1936, p. 115 ; Civ. 1^{re}, 29 mai 1956, *Gaz. Pal.* 1956, 2, p.83 ; Civ. 1^{re}, 18 mai 1960 (3^e espèce),

elle a fini par retenir l'existence d'un engagement unilatéral de volonté³¹⁹ consacrant ainsi la thèse développée par M^{me} GOBERT³²⁰.

62. Essor de l'admission par la jurisprudence. Malgré les nombreuses objections opposées à l'engagement unilatéral de volonté par la doctrine classique, la jurisprudence a depuis élargi le recours à cet instrument au-delà de la seule question de l'exécution de l'obligation naturelle. Elle l'a principalement retenu en matière de loteries publicitaires³²¹, avant de l'abandonner au profit de la création d'un nouveau quasi-contrat³²². Elle l'a également admis dans d'autres matières, mais plus timidement³²³. Ainsi, la Cour de cassation a pu reconnaître la nature d'engagement unilatéral de volonté à des plans de cession dans le cadre d'une procédure collective³²⁴, ainsi qu'à des lettres d'intention³²⁵. Par ailleurs, la doctrine considère que la jurisprudence y fait également appel implicitement lorsqu'elle assigne à certaines volontés unilatérales un pouvoir créateur d'obligations sans pour autant viser expressément l'institution³²⁶. À titre d'illustrations, la solution récemment retenue par la Cour de cassation³²⁷ en matière de maintien de l'offre de contracter faite à une personne

Bull. civ. I, n° 270 ; *D.* 1960, p. 681 ; *Civ. 2^e*, 24 juin 1971, n° 70-12.348, *Bull. civ. II*, n° 234 ; *Civ. 1^{re}*, 16 juillet 1987, n° 86-10.831, *Bull. civ. I*, n° 224 ; *D.* 1987, IR, p. 180. *Contra* B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 2245, p. 795.

³¹⁹V. *Civ. 1^{re}*, 10 octobre 1995, n° 93-20.300, *Bull. civ. I*, n° 352 ; *D.* 1997, p. 85, obs. N. MOLFESSIS ; *D.* 1997, p. 155, note G. PIGNARRE ; *Civ. 1^{re}*, 4 janvier 2005, n° 02-18.904, *Bull. civ. I*, n° 4 ; *D.* 2005, p. 1393 note G. LOISEAU ; *JCP G* 2005, II 10159, note M. MEKKI ; *JCP G* 2005, I. 187, obs. R. LE GUIDEC ; *RTD civ.* 2005, p. 397, J. MESTRE et B. FAGES ; *Civ. 1^{re}*, 3 octobre 2006, n° 04-14.388, *Bull. civ. I*, n° 428 ; *Defrénois* 2007, p. 467, obs. R. LIBCHABER ; *Defrénois* 2007, p. 306, obs. J. MASSIP ; *Civ. 1^{re}*, 21 novembre 2006, n° 04-16.370, *Bull. civ. I*, n° 503 ; *Defrénois* 2007, p. 467, note R. LIBCHABER. Déjà implicitement, V. *Civ. 1^{re}*, 21 juillet 1987, n° 85-16.887, *Bull. civ. I*, n° 246.

³²⁰M. GOBERT, *Essai sur le rôle de l'obligation naturelle*, préf. J. FLOUR, Paris : Sirey, 1957, p. 153. Pour l'auteur, « la source de l'engagement d'exécuter une obligation naturelle ne doit pas être recherchée ailleurs que dans une déclaration unilatérale de volonté ».

³²¹V. *Civ. 1^{re}*, 28 mars 1995, n° 93-12678, *Bull. civ. I*, n° 150 ; *D.* 1996, p. 180, note J.-L. MOURALIS.

³²²V. Mixte, 6 septembre 2002 (2 arrêts), n° 98-22.981, *Bull. mixte*, n° 4 ; n° 88-14.397, *Bull. mixte*, n° 5 ; *LPA* 2002, n° 213, p. 16, note D. HOUTCIEFF ; *RDC* 2006, p. 1117, obs. D. Fenouillet ; *D.* 2002, p. 2531, obs. A. LIENHARD ; *D.* 2002, p. 2963, note D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 2003, p. 94, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *Defrénois* 2002, p. 1608, obs. E. SAVAUX ; *Comm. com. électr.* 2002, comm. 156, note Ph. STOFFEL-MUNCK ; *JCP E* 2002, 1687, note G. VINEY ; *Civ. 1^{re}*, 18 mars 2003, n° 00-19.934, *Bull. civ. I*, n° 85 ; *RDC* 2003, p. 80, obs. D. FENOUILLET.

³²³V. *Civ. 3^e*, 12 février 2013, n° 11-21.314, *Inédit* ; *RDC* 2013, p. 865, obs. T. GENICON.

³²⁴V. *Com.*, 28 mars 2000, n° 98-12.074, *Bull. civ. IV*, n° 73 (redressement judiciaire) ; *D.* 2000, p. 210, obs. A. LIENHARD ; *RD bancaire et fin.* 2000, p. 73, obs. F.-X. LUCAS ; *Com.*, 13 janvier 2015, n° 13-16.518, *Inédit* (sauvegarde).

³²⁵V. *Civ. 1^{re}*, 28 novembre 2012, n° 11-20.674, *Inédit* ; *RDC* 2013, p. 505, obs. T. GENICON.

³²⁶V. Ph. JESTAZ, art. précité, spéc. p. 9 et s. à propos du billet au porteur, de l'offre en matière de droit de préemption, etc.

³²⁷V. *Civ. 3^e*, 10 décembre 1997, n° 95-16.461, *Bull. civ. III*, n° 223 ; *Defrénois* 1998, p. 36, obs. D. MAZEAUD ; *Civ. 1^{re}*, 25 juin 2014, n° 13-16.529, *Bull. civ. I*, n° 117 ; *JCP G* 2014, 960, note J. ANTIPPAS ; *RDC* 2014, p. 601, note Y.-M. LAITHIER ; *Contrats, conc. consom.* 2014, comm. 211, note L. LEVENEUR ; *RDC* 2015, p. 33, note R. LIBCHABER ; *Defrénois* 2014, p. 1019, note J.-B. SEUBE ; *D.* 2014, p. 1574, note A. TADROS (caducité due au décès de l'offrant) ; *Civ. 3^e*, 7 mai 2008 (rétractation par l'offrant), n° 07-11.690, *Bull. civ. III*, n° 79 ; *RDC* 2008, p. 1239, obs. F. COLLAR-DUTILLEUL ; *RTD civ.* 2008, p. 474, obs. B. FAGES ; *RDC* 2008, p. 1109, obs. T. GENICON.

déterminée trouverait sa justification dans l'engagement unilatéral de volonté de l'offrant de maintenir son offre³²⁸.

63. Découverte de l'admission dans la loi. À côté de la jurisprudence, la loi elle-même consacrerait implicitement une telle source d'obligations en faisant jouer à la volonté unilatérale un rôle créateur d'obligations. Ainsi, des auteurs voient dans l'engagement unilatéral la seule justification des effets attachés au consentement à une insémination artificielle³²⁹, à la souscription d'actions auprès d'une société anonyme, à la constitution de société unipersonnelle³³⁰, ou encore à certains engagements cambiaires³³¹. En matière de libéralités à caractère collectif, la loi instituant les fondations d'entreprise prévoyait qu'une dotation initiale serait apportée par les sociétés commerciales fondatrices³³². Son décret d'application imposait à celles-ci de « s'engage[r] à apporter les éléments constitutifs de la fondation » dans un acte autonome³³³, ce qui revient à consacrer implicitement l'existence d'engagement unilatéral de volonté³³⁴.

Partant du constat que la jurisprudence et la loi ont consacré l'engagement unilatéral de volonté comme source autonome d'obligations, la majorité de la doctrine tend à admettre son existence³³⁵. Il a ainsi été soutenu qu'« aujourd'hui, il est impossible de dénier à l'engagement unilatéral de volonté une valeur juridique autonome comme source d'obligations »³³⁶. Sa reconnaissance est à ce point certaine que plusieurs auteurs présentent l'engagement unilatéral de volonté comme une source d'obligations sans même évoquer les controverses qui

³²⁸V. A. SÉRIAUX, *Droit des obligations, op. cit.*, n° 11, p. 40 ; M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 268 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *op. cit.*, n° 501, p. 512 ; Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET et M. MEKKI, *Droit des obligations*, 13^e éd., Paris : LexisNexis, 2014, coll. « Manuels », n° 58, p. 43 ; C. GRIMALDI, *op. cit.*, n°s 727 et s., p. 322 et s. *Contra* D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, Aix-en-Provence : PUAM, 2001, coll. « Institut droit des affaires », n° 872, p. 678.

³²⁹V. A. SÉRIAUX, *op. cit.*, n° 9, p. 29 (non repris depuis) ; M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 728.

³³⁰V. B. STACK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n°s 87 et 88, p. 30 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *op. cit.*, n° 501, p. 512 ; Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET et M. MEKKI, *op. cit.*, n° 58, p. 44 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 54, p. 72 ; FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 727 ; C. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 619, p. 267.

³³¹V. B. STACK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 86, p. 29 ; C. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 630 et s., p. 278 ets.

³³²L. n° 87-571 du 23 juillet 1991, art. 19. Une telle exigence a été abandonnée depuis par la loi n° 2002-5 du 4 janvier 2002 (art. 29, 4°). V. *infra*, n° 86.

³³³D. n° 91-1005 du 30 septembre 1991, art. 2.

³³⁴V. *infra*, n° 207.

³³⁵V. A. SÉRIAUX, « L'engagement unilatéral en droit positif français », in C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Actes du colloque du 9 janvier 1998, Paris : Economica, 1999, coll. « Études juridiques », t. 9, p. 7 et s. ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *op. cit.*, n° 500, p. 492. *Adde* C. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 606, p. 253, qui remarque que déjà DOMAT faisait état de cette institution. Comp. A. BÉNABENT, *op. cit.*, n° 9, p. 10, pour un avis nuancé de l'émergence du concept.

³³⁶V. M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 726. *Contra* F. ZÉNATTI-CASTAING et T. REVET, *Cours de droit civil, obligations : régime*, Paris : PUF, 2013, coll. « Droit fondamental. Manuels », n° 1, p. 20 (l'engagement unilatéral de volonté ne serait pas concevable).

l'entourent³³⁷. D'autres encore encouragent son développement³³⁸, quand bien même une telle admission ne serait pas exempte de toutes difficultés³³⁹. Il est alors regrettable que les auteurs de la réforme du droit des contrats n'aient pas saisi l'occasion de consacrer l'engagement unilatéral³⁴⁰, à l'instar d'autres avant-projets de réforme français restés silencieux sur cette importante question³⁴¹.

L'admission de l'engagement unilatéral de volonté peut désormais être tenue pour acquise. Elle n'en est pas moins limitée.

B. Une admission limitée

64. Une admission encadrée. Une fois admis que la volonté unilatérale peut être créatrice d'obligations, il convient de chercher les limites d'une telle affirmation. En droit commun, la rencontre de volontés constitue une source d'obligations car la loi elle-même lui reconnaît de tels effets. Cependant, s'agissant de l'engagement unilatéral de volonté, il n'est pas possible de solliciter l'article 1134, alinéa 1^{er} du Code civil³⁴². Chaque fois que l'engagement unilatéral de volonté est implicitement consacré dans un texte³⁴³, la force obligatoire de cet acte peut être recherchée dans la loi³⁴⁴. À défaut, il appartient au juge, dans certaines circonstances, de lui reconnaître sa juridicité.

³³⁷V. J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil : la formation du contrat*, t. 1, *Le contrat, le consentement*, 4^e éd., Paris : LGDJ-Lextenso éd., 2013, n° 4, p. 4.

³³⁸V. M. COIPEL, « La théorie de l'engagement par volonté unilatérale et son intérêt particulier en droit des sociétés », in *Mélanges offerts à Van Ommeslaghe*, Bruxelles : Bruylant, 2000, p. 21 et s. Adde J. VAN RYN, « Engagement par déclaration unilatérale de volonté en droit commercial », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, t. 2, *Droit positif*, Bruxelles, Bruylant ; Paris, Sirey, 1963, p. 953 et s.

³³⁹V. M. REBOURG, « La preuve de l'engagement par volonté unilatérale », *RRJ* 2001, n° 90-1, p. 1405 et s. ; L. KACZMAREK, « La preuve de l'engagement unilatéral ou le fait saisi par le Droit », *LPA* 2010, n° 226, p. 10 et s.

³⁴⁰V. Projet d'ordonnance pris en application de la loi n° 2015-177 du 16 février 2015 habilitant le gouvernement à réformer le droit commun des contrats, le régime des obligations et le droit de la preuve.

³⁴¹Lors des travaux du groupe dirigé par F. TERRÉ, un auteur estimait qu'il conviendrait de prendre position au sujet de l'engagement unilatéral (V. Ph. STOFFEL-MUNCK, « Les sources des obligations », in F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats : réflexions et propositions d'un groupe de travail*, Paris : Dalloz, 2009, coll. « Thèmes & commentaires : actes », p. 67 et s., spéc. p. 81). Le projet est, pourtant, silencieux sur cette question. Quant aux projets européens, seul les principes dit Landö retiennent son existence. Selon l'article 2 :107 des Principes du droit européen du contrat : « La promesse qui tend à être juridiquement obligatoire sans acception lie son auteur ».

³⁴²Ni davantage l'article 1194, alinéa 1^{er} du Code civil tel qu'il résulterait de la réforme du droit des contrats dont le contenu est strictement identique à l'article 1134, alinéa 1^{er}, à ceci près que la notion de « contrat » se substituerait à celle de « convention » (V. Projet d'ordonnance pris en application de la loi n° 2015-177 du 16 février 2015 habilitant le gouvernement à réformer le droit commun des contrats, le régime des obligations et le droit de la preuve).

³⁴³V. *supra*, n° 63.

³⁴⁴V. Ph. JESTAZ, art. précité, spéc. p. 15.

Ce faisant, les auteurs qui admettent l'existence d'un tel mécanisme proposent, à de rares exceptions près³⁴⁵, d'en encadrer la reconnaissance³⁴⁶. Pour être obligatoire, l'engagement unilatéral de volonté doit respecter trois conditions³⁴⁷. Premièrement, il devrait être socialement souhaitable de considérer le déclarant comme débiteur du seul fait de sa manifestation de volonté : le recours à l'engagement unilatéral de volonté doit être opportun ou utile. Cette condition est remplie en présence de raisons tenant à la *sécurité juridique* ou à la *morale*³⁴⁸. L'efficacité de l'engagement unilatéral de volonté est alors conditionnée à l'existence d'un *intérêt social suffisant*. Deuxièmement, il faut que la dette ne puisse pas être rattachée à une autre source d'obligations. Le recours à l'engagement unilatéral de volonté est ainsi soumis à une double *condition de nécessité et de subsidiarité*³⁴⁹. Enfin troisièmement, la volonté affichée du déclarant devrait être sérieuse, certaine et réfléchie³⁵⁰, ce qui est vrai pour tout acte juridique au point que cette condition paraît bien peu utile.

65. L'intérêt social suffisant. Seul le premier critère retenu permet de poser les bases d'une réflexion. Pour reconnaître l'efficacité de l'engagement unilatéral de volonté, il faut quelque chose de plus que la seule volonté de s'engager³⁵¹, à savoir un intérêt social suffisant. Un tel intérêt est caractérisé en cas de préexistence d'une obligation naturelle. S'il n'en existe aucune définition en droit positif³⁵², deux approches se sont succédé en doctrine³⁵³. Quelle que

³⁴⁵En faveur d'une admission sans limite de ce concept, V. R. SALEILLES, *op. cit.*, n°s 138 et s., p. 142 ets.

³⁴⁶V. F. GÉNY, *op. cit.*, n° 172 bis, p. 163 et s. ; B. STACK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n°s 92 et s., p. 31 et s. ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *op. cit.*, n° 502, p. 496. *Adde* C. LARROUMET et S. BROS, *Traité de droit civil*, t. 3, *Les obligations, le contrat*, 7^e éd., Paris : Economica, 2014, coll. « Corpus. Droit privé », n° 104, p. 88.

³⁴⁷La jurisprudence, quant à elle, glisserait vers une admission assez libérale de la notion. V. T. GENICON, obs. ss Civ. 1^{re}, 28 novembre 2012, *RDC* 2013, p. 505.

³⁴⁸Des auteurs estiment que la jurisprudence retiendrait l'existence d'un tel engagement sous la pression des nécessités sociales et économiques. V. B. STACK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 85, p. 28.

³⁴⁹*Adde* Ph. JESTAZ, art. précité, spéc. p. 4 ; M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 729. Comp. Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET et M. MEKKI *op. cit.*, n° 59, p. 44 (pour lesquels « au plan pratique, l'engagement par volonté unilatérale est une situation tout à fait marginale »).

³⁵⁰*Adde* Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 438, p. 219.

³⁵¹*Contra* B. STACK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 101, p. 34.

³⁵²Un auteur en déduit que la notion devait paraître suffisamment claire aux rédacteurs (V. M. GOBERT, *op. cit.*, p. 1). Dans sa thèse, l'auteur retrace les vicissitudes de l'obligation naturelle (*adde* J.-J. DUPEYROUX, « Les obligations naturelles, la jurisprudence, le droit », in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. 2, *Droit comparé. Théorie générale du droit et droit privé*, Paris : Dalloz : Sirey, 1960, p. 321 et s.). Cette obligation occuperait « un degré intermédiaire entre les obligations purement morales dépourvues de tout effet juridique, et les obligations civiles pleinement efficace » (V. B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 2218, p. 784). Une fois encore, il est regrettable que l'article 1302 du Code civil, tel que prévu par le projet de réforme du droit des contrats, n'offre pas de définition des obligations naturelles (V. Projet d'ordonnance pris en application de la loi n° 2015-177 du 16 février 2015 habilitant le gouvernement à réformer le droit commun des contrats, le régime des obligations et le droit de la preuve). Au contraire, l'avant-projet CATALA proposait de retenir que « l'obligation naturelle recouvre un devoir de conscience envers autrui » (V. P. CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris : La documentation française, 2006, art. 1151).

³⁵³D'un côté, une doctrine classique a été synthétisée par AUBRY et RAU, héritière de DOMAT, et se commande de la tradition romaniste (V. C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français*, t. 4, 6^e éd., par E. BARTIN, Paris : Éd. techniques, 1942, n° 297, p. 8 ; V. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. 4, 8^e éd., Paris : J. Delamotte, 1892, n°s 669 et s., p. 550 et s. ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. 17, Bruxelles, Bruylant-Christophe ; Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1875, n°s 1 et s., p. 5 et s. ; G. BAUDRY-LACANTINEIRE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. 2, *Des obligations*, 3^e éd., Paris :

soit l'approche retenue, la reconnaissance d'une obligation naturelle dépend de l'existence d'un intérêt social³⁵⁴. L'engagement unilatéral de volonté peut alors logiquement puiser sa source dans la *préexistence d'une obligation naturelle*³⁵⁵ au point qu'il est désormais soutenu que l'engagement unilatéral de volonté puisse à terme dépasser et même effacer la notion d'obligation naturelle³⁵⁶.

Lorsqu'aucune obligation naturelle ne peut être découverte³⁵⁷, le fondement de la force obligatoire de l'engagement unilatéral de volonté peut être recherché dans l'« espérance légitime de son exécution » née dans l'esprit des tiers³⁵⁸. La connaissance par les tiers de la

L. Larose et Terrin, 1907, n° 1652, p. 737). Selon cette doctrine, les obligations naturelles devaient se répartir en deux grandes catégories. D'une part, les « devoirs qui seraient légitimement et rationnellement susceptibles de devenir l'objet d'une coercition extérieure, mais que le législateur n'a pas jugé convenable de reconnaître comme obligations civiles ». Le législateur refuserait que ces obligations montent à la vie civile en raison d'un vice dans les conditions de formation de l'acte qui en est le support (défaut de capacité, forme, parfois en matière de cause et d'objet, jamais pour le consentement). Pour ces auteurs, ce sont des *obligations civiles avortées* - « *diminutifs* » d'*obligations civiles*. D'autre part, constituent également des obligations naturelles celles « à la fois naturelles et civiles à l'origine et auxquelles le législateur a pour des raisons d'utilité sociale retiré le droit d'action ». Ce sont les *obligations dégénérées* - « *résidus* » d'*obligations civiles*. Ce sont celles qui ont caractérisé un lien juridique mais dont le pouvoir de contrainte a été perdu pour une raison d'utilité sociale. Dans ces hypothèses, l'obligation est montée à la vie civile, mais est éteinte sans que le créancier n'ait été satisfait (prescription, retour en meilleure fortune après extinction d'une dette dans le cadre d'une liquidation judiciaire ou d'une procédure de surendettement). Il a été reproché à cette théorie de lier l'obligation naturelle à l'obligation civile. Ainsi, s'est développée une théorie dite néo-classique autour de l'idée que constituaient des obligations naturelles les « engagements contractés pour obéir à un simple sentiment d'équité, de conscience ou d'honneur » (V. J.-J. DUPEYROUX, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, préf. J. MAURY, Paris : LGDJ, 1955, n°s 333 et s., p. 339 et s.). D'un autre côté, une doctrine plus moderne a été impulsée par PLANIOL et RIPERT, héritière de POTHIER et se rattachant à des doctrines canonistes (V. M. PLANIOL, « L'assimilation progressive de l'obligation naturelle et du devoir moral », *RC* 1913, p. 152 et s. ; G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., Paris : LGDJ, 1949, rééd., Paris : LGDJ-Lextenso éd., 2014, coll. « Anthologie du droit », n° 186 et s., p. 335 et s., spéc. n°s 192 et s., p. 374 et s. ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français, Théorie générale des obligations*, t. 2, *Théorie générale des obligations - Les principaux contrats du droit civil - Les sûretés*, 3^e éd., Paris : Sirey, 1939, n°s 709 et s., p. 443 et s. ; M. GOBERT, *op. cit.*, p. 5). Elle substitue un critère unique aux distinctions développées par les auteurs classiques en réduisant l'obligation naturelle à un simple devoir moral qui serait monté à la vie civile. Il serait possible de les regrouper autour de quelques grands principes moraux régissant la société. Si la majorité de ces devoirs sont sanctionnés, parfois cette sanction ferait défaut et le devoir se retrouve sous la forme imparfaite d'obligation naturelle. SAVATIER pousse plus loin l'analyse puisque pour lui tout devoir moral est sanctionné par une obligation civile, sauf ceux souffrant de l'inimitié du législateur. L'obligation naturelle serait une obligation « illicite » (V. R. SAVATIER, *Des effets et de la sanction du devoir moral en droit positif français et devant la jurisprudence*, Paris : Société française d'imprimerie et de librairie, 1916, p. 267 et s.). Un auteur considère que la Cour de cassation a consacré cette approche moderne de l'obligation naturelle (V. N. MOLFESSIS, obs. ss Civ. 1^{re}, 10 octobre 1995, *D.* 1997, p. 85). Reste qu'il est délicat de déterminer dans quelle mesure la conscience peut être source d'une obligation (V. D. LASZLO-FENOUILLET, *La conscience*, préf. G. CORNU, Paris : LGDJ, 1993, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 235, n° 142 et s., p. 84 et s.).

³⁵⁴V. M. GOBERT, *op. cit.*, p. 15 et s. ; F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 22, p. 20.

³⁵⁵V. M. GOBERT, *ibidem*, p. 151. Pour cet auteur, l'obligation naturelle « constitue encore le biais par lequel est consacrée une source d'obligation » nouvelle constituée par l'engagement unilatéral de volonté. Une telle théorie a été depuis reçue en doctrine (V. A. SÉRIAUX, *Manuel de droit des obligations*, 2^e éd., Paris : PUF, 2014, coll. « Droit fondamental. Manuels », n° 11, p. 23. *Contra* F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, 10^e éd., 2015, Paris : Dalloz, coll. « Précis », n° 21, p. 19), encore qu'elle soit contestée (V. M. JULIENNE, « Obligation naturelle et obligation civile », *D.* 2009, p. 1709 et s., n° 15).

³⁵⁶V. T. GENICON, obs. ss Civ. 1^{re}, 28 novembre 2012, *RDC* 2013, p. 505. Pour un plaidoyer en faveur de l'obligation naturelle, V. M. COUDRAI, « L'obligation naturelle : une idée moderne ? », *RTD civ.* 2011, p. 453.

³⁵⁷V. A. SÉRIAUX, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 11, p. 30 (non repris V. *Manuel de droit des obligations*, *op. cit.*, n° 9, p. 24).

³⁵⁸V. A. SÉRIAUX, *ibidem*, n° 9, p. 29. Dans le même sens, V. Ph. JESTAZ, art. précité, spéc. p. 15 ; M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 732. Selon ce dernier auteur, en matière d'engagement unilatéral il n'est pas nécessaire que le bénéficiaire de la promesse l'ait acceptée, mais seulement qu'il ait agi en conséquence. L'auteur remarque que le fondement de la force obligatoire de l'engagement unilatéral de volonté est assez proche de celui de la responsabilité civile. Le refus de donner force obligatoire à un tel engagement conduirait à ce qu'un autre subisse un dommage vu par le droit comme injuste. Une différence subsisterait. Alors qu'en matière de

promesse, c'est-à-dire de la déclaration de volonté, justifie son exécution³⁵⁹. Finalement, la reconnaissance de l'engagement unilatéral de volonté, en dehors de l'hypothèse de la préexistence d'une obligation naturelle, n'est qu'une manifestation du principe dit de « cohérence »³⁶⁰ qui interdit de se contredire au détriment d'autrui³⁶¹.

Une fois admis qu'il puisse exister des engagements unilatéraux de volonté en présence d'un intérêt social suffisant, encore faut-il s'interroger sur le point de savoir s'ils sont susceptibles de constituer des libéralités.

§2. L'engagement unilatéral de volonté, support de libéralités

66. La compatibilité du titre gratuit et de l'engagement unilatéral de volonté. Si les définitions posées aux articles 1101 et suivants du Code civil ne visent que le contrat, il est largement admis que les règles relatives aux conventions s'appliquent aux actes juridiques unilatéraux dans la mesure de leur compatibilité avec le caractère unilatéral de l'acte³⁶². Toutes les dispositions qui sont induites du caractère bilatéral des conventions sont écartées, voire adaptées. De prime abord, l'unilatéralisme de l'acte semble s'opposer au caractère onéreux. Dans la mesure où seule une volonté s'engage, la contrepartie réciproque et équivalente peine à émerger³⁶³. Un rapide parallèle peut être fait avec le testament dont la nature n'a jamais posé de véritables difficultés. Le caractère gratuit de ce dernier est bien

responsabilité civile, le droit octroie des dommages-intérêts, en matière d'engagement unilatéral de volonté, le bénéficiaire de la promesse détient un pouvoir de contrainte à l'encontre du promettant. De la même manière, les solutions retenues en droit social s'expliqueraient en raison des « atteintes légitimes » nées chez les salariés en matière d'engagement unilatéral de l'employeur (V. G. AUZERO et E. DOCKÈS, *op. cit.*, n° 761, p. 811).

³⁵⁹À cet égard, A. SÉRIAUX envisage deux hypothèses selon la position adoptée par le destinataire de la promesse (V. *Droit des obligations, op. cit.*, n° 9, p. 29). S'il accepte les termes de cette dernière, alors il y a convention. En revanche, s'il se borne à en tenir compte et règle son comportement en fonction de celle-ci, alors il y a engagement unilatéral de volonté. Une même analyse a été soutenue en matière de promesses de récompenses dans la mesure où le bénéficiaire de la promesse accomplit une prestation matérielle (V. C. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 750, p. 338). L'obligation, issue de l'engagement unilatéral, serait conditionnée à l'accomplissement d'une prestation et non à une acceptation comme en matière d'offre.

³⁶⁰Sur l'étude de ce principe, V. notamment D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, Aix-en-Provence : PUAM, 2001, coll. « Institut droit des affaires », 2 vol. ; M. BÉHAR-TOUCHAIS (dir.), *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, Actes du colloque organisé par le Centre de droit des affaires et de gestion de l'Université Paris V, 13 janvier 2000, Paris : Economica, 2001, coll. « Études juridiques », t. 12. *Adde* E. LÉVY, « La confiance légitime », *RTD civ.* 1910, p. 717 et s. ; J.-L. SOURIOUX, « La croyance légitime », *JCP* 1982, I 3058 ; J. CALAIS-AULOIS, « L'atteinte légitime : une nouvelle source du droit subjectif », in *Aspects actuels du droit des affaires : mélanges en l'honneur d'Yves Guyon*, Paris : Dalloz, 2003, p. 171 et s.

³⁶¹V. A. SÉRIAUX, *Manuel de droit des obligations*, Paris : PUF, 2006, coll. « Droit fondamental. Manuels », n° 10, p. 20 (non repris dans la 2^e édition).

³⁶²V. J.-L. AUBERT, J. FLOUR et É. SAVAUX, *op. cit.*, n°s 491 et s., p. 506 et s.

³⁶³Une appréciation stricte de celle-ci a été précédemment retenue (V. *supra*, n°s 31. et s.).

arrêté. Pour autant, sa nature se déduit moins du caractère unilatéral du testament que du fait qu'il est un acte à cause de mort³⁶⁴ dont la forme emporte aux termes de l'article 893 du Code civil, le titre gratuit³⁶⁵.

Réalisé entre vifs, l'engagement unilatéral de volonté ne saurait suivre cette même logique. La doctrine est, pourtant, évasive sur sa nature. C'est sous le prisme de la recherche de sa cause qu'elle s'est indirectement intéressée à cette question. La cause de l'engagement unilatéral de volonté n'apparaît, en effet, pas clairement. Elle doit être recherchée dans le mobile déterminant, à savoir dans sa seule cause subjective³⁶⁶. Pour autant la considération d'une contrepartie est compatible avec l'engagement unilatéral de volonté. Ainsi, un auteur a rappelé que l'étude de la cause ne pouvait se réduire à une réflexion uniquement autour de la cause subjective dès lors que l'engagement unilatéral de volonté pouvait être « causé par un avantage déjà procuré, ou par un intérêt futur qui ne soit purement moral »³⁶⁷. La déclaration de volonté peut s'insérer dans un rapport à titre onéreux, soit qu'elle fasse suite à une prestation, soit qu'elle la précède³⁶⁸. Parfois même, la déclaration portera en elle la référence à la contre-prestation, par exemple l'offre de contracter un contrat à titre onéreux. Finalement, *l'engagement unilatéral de volonté n'est rien d'autre qu'un acte neutre par nature*, c'est-à-dire « un acte par nature ambivalente [...] qui par définition peut être l'instrument d'une opération onéreuse comme d'une opération gratuite »³⁶⁹. Selon les cas, l'acte sera à titre onéreux ou bien à titre gratuit auquel cas l'intention libérale, caractéristique du titre gratuit, doit être caractérisée³⁷⁰.

³⁶⁴V. J. HAMEL, *La notion de cause dans les libéralités : étude de la jurisprudence française et recherche d'une définition*, Paris : Le Tenin, 1920, p. 27.

³⁶⁵V. G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. COLIN, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. 10, *Des donations entre vifs et des testaments*, 3^e éd., Paris : L. Larose et Terrin, 1905, n° 31, p. 11 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil : Les successions et les libéralités*, par P. RAYNAUD, Paris : Sirey, 1983, n° 300, p. 240.

³⁶⁶V. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *op. cit.*, n° 492, p. 506. Comp. C. GRIMALDI, *op. cit.*, n°s 998 et s., p. 462 et s.

³⁶⁷V. M.-L. IZORCHE, *op. cit.*, n°396, p. 254. Adde G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 364, p. 375, pour lesquels la cause de l'engagement unilatéral de volonté est la même qu'en matière de contrat.

³⁶⁸*Contra* J. MARTIN de LA MOUTTE, *op. cit.*, n° 239, p. 225, pour lequel « dans l'acte unilatéral, il est impossible de considérer une contreprestation ».

³⁶⁹V. M. GRIMALDI, *Droit civil : Libéralités, partages d'ascendants*, Paris : Litec, 2000, n° 1333, p. 253. Adde M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 5, *Donations et testaments*, avec le concours de A. TRASBOT, Paris : LGDJ, 1933, n° 412, p. 422, sur l'appréhension de cette neutralité.

³⁷⁰Il reste une dernière difficulté doit être évoquée à ce stade dans la mesure où l'engagement unilatéral de volonté peut reposer sur la préexistence d'une obligation naturelle (V. *supra*, n° 65.). Si l'engagement unilatéral de volonté s'oppose à première vue au titre gratuit, l'obligation naturelle, quant à elle, serait un obstacle au titre onéreux. Est-ce à dire que l'engagement unilatéral d'exécuter une obligation naturelle est nécessairement à titre onéreux ? Ce n'est pas certain. Il est vrai que la majorité de la doctrine considère que l'obligation naturelle doit connaître du seul régime des actes à titre onéreux (V. G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. 2, *Des obligations*, 3^e éd., Paris : L. Larose et Terrin, 1907, n° 1774-II, p. 775 ; M. PLANIOL, *Rev. crit. légis. et jur.* 1913, p. 152 ; R. SAVATIER, *Des effets et de la sanction du devoir moral en droit positif français et devant la jurisprudence*, Paris : Société française d'imprimerie et de librairie, 1916, p. 322 ; C. LARROUMET et A. AYNÈS, *Traité de droit civil*, t. 1, *Introduction à l'étude du droit*, 6^e éd., Paris : Economica, 2013, coll. « Corpus. Droit privé », n° 43, p. 22 ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, 22^e éd., Paris : PUF, 2000, coll. « Thémis. Droit privé », n° 9, p. 31 et s. ; F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 24, p. 22 ; D. LASZLO-FENOUILLET, *op. cit.*, n° 145, p. 84. Comp. A. FOUBERT, *Le don en droit*, thèse de doctorat en droit, Paris : Université Paris II, 2006, n°s 59 et s., p. 53 et s.). Une double incompatibilité s'opposerait à

67. Acte neutre et donation indirecte. Voir dans l'engagement unilatéral de volonté un acte neutre n'est pas anodin. Un tel acte lorsqu'il est animé d'une intention libérale peut, en effet, être qualifié de donation indirecte³⁷¹. Par rapport au don manuel et à la donation déguisée qui forment avec elles des donations non notariées parfaitement valables³⁷², la donation indirecte est un acte « dont la seule apparence ne permet pas de dire qu'il est à titre gratuit ou à titre onéreux »³⁷³. La donation indirecte repose donc sur un acte ambivalent. Si une telle approche a récemment été contestée³⁷⁴, elle demeure largement admise par la

l'admission du titre gratuit : d'abord, entre l'intention libérale et l'obligation naturelle ; ensuite, entre le paiement et la gratuité (l'article 1235 du Code civil ne s'intéresse à l'obligation naturelle que du point de vue de son paiement). Finalement, seules la constitution de dot (V. CAPITANT, note ss CA Montpellier, 16 décembre 1901, *D.* 1907, 2, p. 241. Comp. J. FLOUR, *Le rôle et la notion d'obligation naturelle*, op. cit., n° 12 ; M. GOBERT, op. cit., p. 102 et s.) et l'exécution d'un legs verbal (V. M. GOBERT, op. cit., p. 45 et s. ; B. STACK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 2248, p. 796 ; M. JULIENNE, art. précité, n° 20) échapperaient à cette règle. Cependant, une doctrine minoritaire a pris le contre-pied de cette position, défendant que le paiement est un acte neutre, simple mode d'extinction des obligations nonobstant leur nature. Ces auteurs en déduisent que l'exécution d'une obligation naturelle peut constituer une libéralité (V. J. CHAMPEAUX, *Étude sur la notion juridique de l'acte à titre gratuit en droit civil français*, Mâcon : J. Buguet-Comptour, 1931, p. 210, et p. 219 et s. ; J. FLOUR, *Le rôle et la notion d'obligation naturelle*, op. cit., n° 14 ; *Cours de droit civil : licence 4e année*, Paris : Les Cours de droit, 1963, p. 65 ; M. GOBERT, op. cit., p. 99 et s. ; J. FLOUR et H. SOULEAU, *Droit civil : Les libéralités*, par H. SOULEAU, Paris : Armand Colin, 1982, coll. « U Série Droit privé », n° 47, p. 28). Une voie médiane a été soutenue. Pour un auteur, on peut être en présence d'un acte à titre gratuit qui ne serait pas une libéralité. Il considère que l'exécution d'une obligation préexistante déjà inscrite dans l'actif du patrimoine créancier et au passif du patrimoine débiteur ne réalise aucun transfert patrimonial. Dans ce cas, l'intention libérale s'appliquerait non à l'émolument mais au pouvoir de contrainte (V. J.-J. DUPEYROUX, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, préf. J. MAURY, Paris : LGDJ, 1955, nos 333 et s., p. 339 et s., spéc. n° 375, p. 374 et s.). Cette voie a été critiquée (V. M. GRIMALDI, op. cit., n° 1013, p. 23). La deuxième théorie doit prospérer. Selon la théorie contraire, le paiement de l'obligation naturelle liée à une obligation civile avortée dont la source est un acte à titre gratuit, devrait être à titre onéreux. Il convient alors de rechercher un critère clivant permettant de distinguer le paiement des obligations naturelles ayant lieu à titre onéreux de celles à titre gratuit. Des auteurs proposent de retenir une distinction mise en exergue par RIPERT, pourtant lui-même opposé à la compatibilité du titre gratuit et de l'obligation naturelle. Selon lui, « assister son prochain c'est accomplir un devoir de charité ; or, l'accomplissement de ce devoir se traduit sous la forme juridique de la donation. Le paiement fait par une personne qui a le devoir de conscience d'assister son prochain pourrait donc apparaître comme une libéralité. Si on a inventé l'obligation naturelle, c'est pour lui enlever ce caractère gratuit. » (V. G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., Paris : LGDJ, 1949, rééd., Paris : LGDJ-Lextenso éd., 2014, coll. « Anthologie du droit », n° 199, p. 388). Partant de cette distinction, des auteurs distinguent selon que l'obligation naturelle repose sur un devoir de justice – un acte à titre onéreux puisque le sacrifice n'est pas recherché en lui-même, mais tend à rétablir l'équilibre patrimonial (réparation d'un préjudice, compensation un appauvrissement injuste, rémunération d'un service rendu) ; ou sur un devoir de charité – libéralité (devoir de secours entre collatéraux, dotation d'un enfant, secours à concubin abandonné) (V. J. FLOUR et H. SOULEAU, op. cit., note n° 74 ss n° 47, p. 28 ; M. GRIMALDI, op. cit., nos 1014 et s., p. 24 et s.). Bien que cette approche soit complexe (V. M. GRIMALDI, op. cit., n° 1014, p. 27), la jurisprudence serait en ce sens. Pourtant, en matière de concubinage la Cour de cassation refuse de voir dans le secours apporté au concubin une libéralité (V. Civ. 1^{re}, 20 février 2008, n° 07-15.978, *Inédit* ; *RDC* 2008, p. 1303, obs. S. GAUDEMET).

³⁷¹V. A. PONSARD, *Les donations indirectes en droit civil français*, Paris : Sirey, 1946 ; M. ROUAST, *Droit civil approfondi : des libéralités entre vifs exemptes de formes*, Paris : Cours de droit, 1948-1949, p. 172 et s. ; I. NAJJAR, *Rép. civ. dalloz*, v° *Donations*, nos 383 et s.

³⁷²Encore qu'il a pu être soutenu que les donations déguisées étaient une sous-catégorie de donations indirectes aux côtés des « avantages indirectes ». V. A.-F. RAGEYS, *Des libéralités indirectes*, Paris : impr. de Moquet, 1868, p. 32. Sur les difficultés de distinguer ces deux catégories, V. I. NAJJAR, art. précité, n° 385.

³⁷³V. A. PONSARD, op. cit., p. 130 ; M. GRIMALDI, op. cit., n° 1324, p. 248.

³⁷⁴Il a été reproché à la neutralité de pouvoir se trouver partout, voire même d'être attaché à la structure de la libéralité du fait de la nécessité d'un élément moral. Un nouveau critère a pu être proposé tenant à la nature de la transmission : il n'y aurait alors donation indirecte que si l'enrichissement du donataire ne provient pas d'un flux émanant directement du donateur (V. R. LIBCHABER, « Pour une redéfinition de la donation indirecte », *Defrénois* 2000, art. 37273, nos 5 et s.).

doctrine³⁷⁵ qui distingue deux groupes d'actes ambivalents : les actes neutres par nature et les actes onéreux déséquilibrés³⁷⁶. Les actes neutres sont donc des actes pouvant à la fois réaliser une opération à titre gratuit ou une opération à titre onéreuse. Parmi eux, il y a les renonciations³⁷⁷, par exemple les renonciations par les bénévoles au remboursement de leurs frais constituent des libéralités à caractère collectif³⁷⁸. Les renonciations ont pour spécificité d'être des actes unilatéraux³⁷⁹. Réalisées entre vifs, elles peuvent constituer des libéralités selon la volonté qui a animé leur auteur³⁸⁰. Il importe peu qu'elles nécessitent l'acceptation de leur bénéficiaire³⁸¹ pour être pleinement efficaces³⁸².

Fort de cela, il y a tout lieu de voir dans l'engagement unilatéral de volonté un moyen de réaliser une donation indirecte chaque fois que le déclarant est animé d'une intention libérale³⁸³. Une décision de jurisprudence peut être analysée en ce sens. Dans un arrêt du 5 mai 1986³⁸⁴, deux époux s'étaient engagés à mettre au nom de leurs enfants un immeuble commun payé par l'un seulement des époux. La Cour de cassation y voit une donation indirecte sur la base d'une stipulation pour autrui. Un auteur préfère y voir un véritable engagement unilatéral de volonté³⁸⁵.

³⁷⁵V. notamment I. NAJJAR, art. précité, n° 386 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *op. cit.*, n° 570, p. 512 ; Ph. MALAURIE et C. BRENNER, *Les successions, Les libéralités*, 6^e éd., Issy-les-Moulineaux : Deffrénois-Lextenso éd., 2015, coll. « Droit civil », n° 440, p. 230.

³⁷⁶V. M. PLANIOL et G. RIPERT, *op. cit.*, n° 410, p. 422.

³⁷⁷V. *ibidem*, n° 419, p. 541 ; M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1333, p. 254 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *op. cit.*, n° 575, p. 514.

³⁷⁸Un tel abandon donne droit à la déduction fiscale en matière d'impôt sur le revenu. En ce sens, l'article 200, 1 *in fine* du Code général des impôts dispose qu'« ouvrent également droit à la réduction d'impôt les frais engagés dans le cadre d'une activité bénévole et en vue strictement de la réalisation de l'objet social d'un organisme mentionné aux deuxième à huitième alinéas, lorsque ces frais, dûment justifiés, ont été constatés dans les comptes de l'organisme et que le contribuable a renoncé expressément à leur remboursement ». Sur la doctrine fiscale, V. BOI-IR-RICI-250-20-20120912, n°s 170 et s.

³⁷⁹V. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *op. cit.*, n° 490, p. 505 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *op. cit.*, n° 575, p. 515 ; D. HOUTCIEFF, *Rép. civ. dalloz*, v° *Renonciation*, n° 1.

³⁸⁰Comp. J.-J. DUPEYROUX, *op. cit.*, n° 249, p. 259, pour lequel la renonciation s'apparente davantage au mécanisme du legs qu'à celui de la donation dans la mesure où le prétendu donataire n'a que la possibilité de renoncer à la faveur de sorte que « l'acceptation devient une condition d'efficacité plutôt qu'une condition d'existence ».

³⁸¹Il est admis que l'acceptation puisse être tacite (V. A.-F. RAGEYS, *op. cit.*, p. 43 et s. ; M. ROUAST, *op. cit.*, p. 87 ; A. PONSARD, *op. cit.*, p. 217 et s.).

³⁸²La donation indirecte échappe aux règles de formes des libéralités, mais elle doit en respecter les conditions de fond au rang desquels l'acceptation. En présence d'un acte unilatéral, le rôle attaché à celle-ci est débattu. Pour un auteur, lorsque l'acte est par nature irrévocable, l'acceptation n'est pas une condition de formation, mais simplement d'efficacité de l'acte. Selon lui, cette donation n'est pas un contrat (V. A. PONSARD, *op. cit.*, p. 232). Pour d'autres, si l'acte est bel et bien irrévocable, l'acceptation est nécessaire pour la formation de l'acte de sorte que le décès du donateur avant l'acceptation empêcherait la rencontre de volonté (V. M. PLANIOL et G. RIPERT, *op. cit.*, n° 420, p. 428 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 3, 9^e éd., par L. JULIOT de LA MORANDIÈRE, Dalloz : Paris, 1945, n° 1631, p. 843).

³⁸³Au surplus, cette catégorie de donation constituerait une catégorie résiduelle intégrant toutes les donations non formelles autres que les donations déguisées et les dons manuels (V. R. LIBCHABER, art. précité, n° 1. *Adde* P. ESMEIN, in C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français*, t. 10, 6^e éd., par P. ESMEIN, Paris : Éd. techniques, 1954, note n° 8, ss n° 659, p. 522 ; C. JUBAULT, *Droit civil : les successions, Les libéralités*, 2^e éd., Paris : Monschrestien-Lextenso éd., 2010, coll. « Domat. Droit privé », n° 801, p. 551).

³⁸⁴Civ. 1^{re}, 5 mai 1986, n° 84-17.460, *Bull. civ. I*, n° 116 ; *RTD civ.* 1987, p. 102, obs. J. MESTRE.

³⁸⁵V. J. MESTRE, obs. ss Civ. 1^{re}, 5 mai 1986, *RTD civ.* 1987, p. 102.

L'étude du droit positif a montré que l'engagement unilatéral de volonté constitue une véritable source d'obligations. Dès lors, il peut réaliser une libéralité, dans la mesure où il s'insère sans difficulté dans les habits de la donation indirecte. De la même manière, l'existence de véritables fiducies aux fins de libéralité innomées peut être admise.

Section II. La reconnaissance limitée des fiducies aux fins de libéralité

68. L'interdiction de la fiducie-libéralité. L'appréhension de la fiducie n'est pas aisée³⁸⁶. Cette institution est difficile à conceptualiser, les définitions proposées sont nombreuses³⁸⁷, son histoire est mouvementée. Puisant ses origines dans la *fiducia* romaine³⁸⁸, la fiducie en tant qu'institution autonome est longtemps demeurée inconnue du droit français³⁸⁹. Un avant-projet a, sans succès, essayé de la réintroduire en droit positif à la fin du siècle dernier³⁹⁰. Finalement, il aura fallu attendre une loi du 19 février 2007 pour qu'elle fasse son entrée de manière expresse dans le Code civil qui lui consacre tout un titre au sein du livre trois³⁹¹. La fiducie apparaît être une manière d'acquérir la propriété, mais une propriété temporaire³⁹². L'article 2011 du Code civil la définit. Selon ce texte :

³⁸⁶V. R. SAVATIER, « La fiducie en droit français », in *Travaux de la Semaine internationale de droit*, t. 5, *La fiducie en droit moderne*, Paris : Sirey, 1937, p. 57 et s., p. 57 et s. ; C. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, préf. D. SCHMIDT, Paris : Economica, 1981 ; F. BARRIÈRE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, préf. M. GRIMALDI, Paris : Litec, 2004, coll. « Bibliothèque de droit de l'entreprise ».

³⁸⁷V. C. WITZ, *op. cit.*, n° 16, p. 15 : « la fiducie est l'acte juridique par lequel une personne, le fiduciaire, rendue titulaire d'un droit patrimonial, voit l'exercice de son droit limité par une série d'obligations, parmi lesquelles figure généralement celle de transférer le droit au bout d'une certaine période soit au fiduciant, soit à un tiers bénéficiaire. » Comp. G. GORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., Paris : PUF, 2014, coll. « Quadrige », v° *Fiducie* : « un acte juridique par lequel une personne nommée fiduciant, transfère la propriété d'un bien corporel ou incorporel à une autre personne, nommée fiduciaire, soit [...] sous l'obligation de rétrocéder le bien au constituant de la sûreté lorsque celle-ci n'a plus lieu de jouer [...], soit sous l'obligation de retransférer le bien à un tiers bénéficiaire après l'avoir géré dans l'intérêt de celui-ci ou d'une autre personne pendant un certain temps [...], soit afin de gérer le bien dans l'intérêt du fiduciant sous l'obligation de le rétrocéder à ce dernier, à une certaine date ». Adde R. LIBCHABER, « Une fiducie française, inutile, incertaine... », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie*, Defrénois, 2005, p. 303 et s., n° 2 : « l'opération par laquelle le constituant transfère des biens à un fiduciaire, à charge pour lui de les restituer au constituant ou à un tiers désigné, après l'accomplissement d'une mission stipulée dans l'intérêt du constituant, du fiduciaire ou du tiers bénéficiaire ».

³⁸⁸V. C. WITZ, *op. cit.*, n° 21, p. 21 ; F. ZÉNATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, 3^e éd., Paris : PUF, 2008, coll. « Droit fondamental. Classique », n° 252, p. 404 et s.

³⁸⁹Encore que l'ancien droit français révélerait quelques manifestations. V. C. WITZ, *op. cit.*, nos 29 et s., p. 31 et s.

³⁹⁰V. M. GRIMALDI, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *Defrénois* 1991, arts. 35085 et 35094.

³⁹¹L. n° 2007-211 du 19 février 2007.

³⁹²V. R. DEMOGUE, « Rapport général », in *Travaux de la Semaine internationale de droit*, t. 5, *La fiducie en droit moderne*, Paris : Sirey, 1937, p. 1 et s. ; F. ZÉNATI-CASTAING et T. REVET, *op. cit.*, n° 252, p. 405.

La fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires.

Cette fiducie, dite nommée, a pour caractéristique de consacrer l'existence d'un patrimoine fiduciaire distinct du patrimoine propre, c'est-à-dire d'un patrimoine d'affectation, rompant ainsi avec le dogme de l'unicité du patrimoine défendu par AUBRY et RAU³⁹³.

Une fois la définition de la fiducie posée, les articles suivants viennent en préciser le régime. Or, une attention toute particulière doit être portée sur l'article 2013 du Code civil. Aux termes de ce dernier :

Le contrat de fiducie est nul s'il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire.
Cette nullité est d'ordre public.

La fiducie aux fins de libéralités est donc prohibée. Seules les fiducies-sûreté et les fiducies-gestion sont autorisées. Les raisons d'une telle interdiction sont connues : craintes de l'évasion fiscale, peur des atteintes qui pourraient être portées aux règles successorales d'ordre public³⁹⁴. Elles ont été combattues³⁹⁵ : la doctrine a maintes fois appelé le législateur à la reconnaître sans qu'à ce jour il ne l'ait entendue³⁹⁶.

69. L'admission des fiducies aux fins de libéralité innommées. Outre ces raisons, il a été soutenu que la récente réforme du droit des successions par la loi du 23 juin 2006 avait rendu inutile toute reconnaissance de la fiducie-libéralité³⁹⁷, en consacrant le mandat à effet posthume ainsi que les libéralités graduelles et résiduelles³⁹⁸. À suivre cette idée, rien ne commanderait la reconnaissance d'une fiducie aux fins de libéralités nommée et autonome. Des institutions de droit positif, forts proches de celle-ci permettraient déjà d'arriver à des fins similaires. Sans cesse réaffirmé³⁹⁹, ce constat n'est pas nouveau. Les auteurs ont depuis longtemps appréhendé un certain nombre d'institutions de droit positif sous l'angle du

³⁹³V. A. DENIZOT, « L'étonnant destin de la théorie du patrimoine », *RTD civ.* 2014, p. 547 et s.

³⁹⁴V. C. WITZ, *J.-Cl. civil code*, art. 2011 à 2030, fasc. 20 : « Fiducie – Effets et extinction », n° 31. *Adde* Ph. MARINI, « Enfin la fiducie à la française », *D.* 2007, p. 1347 et s.

³⁹⁵V. F. TRIPET, « La prohibition de la fiducie-libéralité : Pourquoi une telle démesure ? », *Gaz. Pal.* 2006, n° 294, p. 6 et s.

³⁹⁶V. C. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, *op. cit.*, n°s 58 et s., p. 56 et s. ; *J.-Cl. civil code*, *op. cit.*, n° 31 ; J. ROCHFELD, « Fiducie », *RTD civ.* 2007, p. 412 et s. *Comp.* M. GRIMALDI, « Synthèse de Notariat et libéralités », *LPA* 1995, n° 55, p. 21 et s.

³⁹⁷V. JO Sénat CR 2006, n° 82, p. 6695.

³⁹⁸*Contra* F. TRIPET, art. précité. *Adde* A.-M. LEROYER, « Réforme des successions et des libéralités », *RTD civ.* 2006, p. 612 et s. *Comp.* M. GRIMALDI, « Le mandat à effet posthume », *Deffrénois* 2007, art. 38509, n° 5, qui voit dans cette nouvelle institution une « espèce de fiducie testamentaire ».

³⁹⁹V. R. LIBCHABER, art. précité.

mécanisme fiduciaire⁴⁰⁰. Les exemples ne manquent pas et la matière des libéralités à caractère collectif en recèle de nombreux. Ainsi, la fondation testamentaire indirecte⁴⁰¹, l'apport aux associations⁴⁰², voire toutes les libéralités à caractère collectif ont pu être analysés comme de véritables opérations fiduciaires⁴⁰³. Finalement, si la fiducie aux fins de libéralité nommée est prohibée par l'article 2013 susvisé, ce texte ne saurait ôter aux mécanismes préexistants leurs véritables caractéristiques. Le droit français connaît de nombreuses fiducies innommées qui se dérobent aux articles du Code civil. À cet égard, de telles fiducies ne conduisent pas à la constitution d'un patrimoine d'affectation⁴⁰⁴. Un auteur estime en ce sens qu'il conviendrait de « distinguer désormais la fiducie innommée à effets restreints, de la fiducie du code civil, créatrice d'un patrimoine d'affectation ; une fiducie créée de fait, en somme, voisine mais distincte de la fiducie légale »⁴⁰⁵. D'un point de vue formel, de telles fiducies-libéralités innommées n'ont rien d'originales. Faute d'avoir une existence propre et autonome⁴⁰⁶, elles empruntent les formes classiques des libéralités : la donation et le testament⁴⁰⁷.

70. Conclusion du Chapitre. Alors que l'engagement unilatéral de volonté et la fiducie sont deux institutions à l'histoire bien distincte, ils ont des destinées qui se rejoignent. Le premier est inconnu de notre droit au point qu'il a été soutenu que la tradition française était incompatible avec sa réception. Le second était connu par le droit romain, mais fut abandonné ensuite. Institution jugée anachronique, l'opportunité de la ressusciter a longtemps été discutée⁴⁰⁸. Pourtant, ces deux mécanismes font désormais pleinement partie de notre droit positif. Ils peuvent être le support de libéralités à caractère collectif.

⁴⁰⁰V. R. SAVATIER, art. précité ; C. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, op. cit., n^{os} 45 et s., p. 43 et s. ; J. DUFAUX, « Les opérations fiduciaires à des fins de libéralités », in C. WITZ (dir.), *Les opérations fiduciaires*, Colloques Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984, préf. B. OPPETIT, Paris : Feduci : LGDJ, 1985, coll. « FEDUCI », p. 113 et s. ; D. SCHMIDT, C. WITZ et J.-L. BISMUTH, « Les opérations fiduciaires en droit français », in C. WITZ (dir.), *Les opérations fiduciaires*, Colloques Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984, préf. B. OPPETIT, Feduci-LGDJ, 1985, p. 305 et s. ; M. GRIMALDI, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », art. précité, n^{os} 7 et s.

⁴⁰¹V. *infra*, n^o 218.

⁴⁰²V. *infra*, n^o 213.

⁴⁰³V. *ibidem*.

⁴⁰⁴V. C. VERNIÈRES, *Les libéralités à trois personnes*, thèse de doctorat en droit, Paris : Université de Paris II, 2012, n^o 583, p. 486.

⁴⁰⁵V. L. AYNÈS, « La cession de créance à titre de garantie : quel avenir ? », *D.* 2007, p. 961 et s., n^o 11. Comp. F. ZÉNATI-CASTAING et T. REVET, op. cit., n^o 276, p. 436, pour lesquels l'acquisition à titre fiduciaire est nécessairement constitutive d'un patrimoine d'affectation. Ces auteurs n'étudient que la fiducie du Code civil.

⁴⁰⁶Sur la forme de la fiducie-libéralité dans l'avant-projet de 1992, V. M. GRIMALDI, art. précité, n^o 44.

⁴⁰⁷V. J. CHARLIN, « La fiducie-libéralité : Essai de synthèse en vue d'un contrat », in C. WITZ (dir.), *Les opérations fiduciaires*, Colloques Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984, préf. B. OPPETIT, Feduci-LGDJ, 1985, p. 136 et s.

⁴⁰⁸V. R. LIBCHABER, art. précité.

71. Conclusion du Titre. Avant de poursuivre l'étude des libéralités à caractère collectif, il était important de dépasser un certain nombre de préjugés entourant la notion de libéralité. D'abord, la définition qu'en donne désormais le premier alinéa de l'article 893 du Code civil est peu éclairante sur les contours de ses deux éléments essentiels : matériel et moral. Avec une conception pure de l'intention libérale, de nombreux actes ne sauraient être qualifiés de libéralité. Afin de ne pas réduire la catégorie à une peau de chagrin, une approche abstraite de celle-ci est depuis longtemps préférée. Il convient d'en tirer toutes les conséquences. Les différents intérêts poursuivis par le disposant, quelle que soit leur nature, ne sauraient disqualifier l'acte. Les libéralités peuvent être intéressées. Fortes de cela, différentes opérations réalisées par les personnes publiques et motivées par des considérations d'intérêt général pourront être requalifiées en libéralité. La nature gratuite de celles-ci ne saurait s'y opposer. Ensuite, le second alinéa de l'article 893 vise de manière expresse deux types classiques de libéralités – la donation entre vifs et le testament – au point qu'il était possible de se demander s'il peut exister d'autres modes de libéralité. Or, ce texte ne dresse pas de liste exhaustive. L'engagement unilatéral de volonté et les fiducies aux fins de libéralité peuvent constituer des techniques originales de libéralité.

Une fois cette réflexion menée, il est possible d'étudier la notion de libéralité à caractère collectif à proprement parler. Elle renvoie à des mécanismes variés.

TITRE I. LA DIVERSITÉ DES LIBÉRALITÉS À CARACTÈRE COLLECTIF

72. Une dualité d'hypothèses. La définition des libéralités à caractère collectif est connue. FLOUR les définit comme celles adressées aux personnes morales⁴⁰⁹. Bien avant lui, PLANIOL et RIPERT avaient isolé dans leur ouvrage l'étude des libéralités adressées aux personnes morales⁴¹⁰. Dans leur sillage, la doctrine consacre depuis de larges développements à l'examen spécifique de cette catégorie de libéralités⁴¹¹. En son sein, elle a toujours mis en évidence la spécificité de certaines d'entre elles. En ce sens, à côté de l'étude des règles applicables aux libéralités aux personnes morales en général, une place particulière était laissée aux fondations⁴¹². À côté du droit commun des libéralités adressées aux personnes morales, il existerait un droit spécial des fondations. Dans la mesure où la fondation est, en principe, adressée à une personne morale, elle ne peut être qu'une espèce particulière de libéralité aux personnes morales. Se plaçant dans la lignée de CASSIN, qui distinguait dans son cours les libéralités avec charges des fondations⁴¹³, des auteurs vont même jusqu'à étudier seulement ces dernières renvoyant l'étude des libéralités faites aux personnes morales à des développements généraux⁴¹⁴. Pourtant, plus encore que la fondation, les autres libéralités adressées aux personnes morales reposent sur des mécanismes extrêmement divers.

73. Rejet des critères traditionnels de distinction. Il reste à déterminer un critère de distinction entre la fondation et les autres libéralités adressées à des personnes morales. Chaque fois que la libéralité tend à la création d'un nouvel établissement personnifié devant réaliser l'œuvre voulue par le disposant, il est aisé d'y déceler une fondation. Cependant,

⁴⁰⁹J. FLOUR, *Cours de droit civil : licence 4e année*, Paris : Les Cours de droit, 1963, p. 369.

⁴¹⁰M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 5, *Donations et testaments*, 2^e éd., par A. TRASBOT et Y. LOUSSOUARN, Paris : LGDJ, 1957, n° 862, p. 1103.

⁴¹¹À de rares exceptions près. V. A. SÉRIAUX, *Successions et libéralités*, Paris : Ellipses, 2012, coll. « Université. Droit : manuel » ; C. JUBAULT, *Droit civil : les successions, Les libéralités*, 2^e éd., Paris : Monschrestien-Lextenso éd., 2010, coll. « Domat. Droit privé », n° 884, p. 607 ; Ph. MALAURIE et C. BRENNER, *Les successions, Les libéralités*, 6^e éd., Issy-les-Moulineaux : Defrénois-Lextenso éd., 2015, coll. « Droit civil ».

⁴¹²V. J. FLOUR, *op. cit.*, p. 370 ; J. FLOUR et H. SOULEAU, *Droit civil : Les libéralités*, par H. SOULEAU, Paris : Armand Colin, 1982, coll. « U Série Droit privé », n° 345, p. 224 ; M. GRIMALDI, *Droit civil : Libéralités, partages d'ascendants*, Paris : Litec, 2000, n° 1671, p. 495 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Droit civil : Les successions, les libéralités*, 4^e éd., Paris : Dalloz, 2014, coll. « Précis. Droit privé », n° 658, p. 584.

⁴¹³R. CASSIN, *Droit civil approfondi et comparé : les libéralités avec charge et les fondations*, Paris : les Cours de droit, 1939. Dans le même sens, V. H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 4, *Successions, Libéralités*, 5^e éd., par L. LEVENEUR et S. MAZEAUD-LEVENEUR, Paris : Montchrestien, 1999, n° 1403, p. 600.

⁴¹⁴V. G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil : Les successions et les libéralités*, par P. RAYNAUD, Paris : Sirey, 1983, n° 678, p. 502 ; P. VOIRIN et G. GOUBEAUX, *Droit civil*, t. 2, *Régimes matrimoniaux, successions libéralités*, 28^e éd., par P. VOIRIN, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso éd., 2014, coll. « Manuel », n°s 891 et s., p. 404 et s.

toutes les fondations n'ont pas une telle finalité. Certaines sont adressées à une personne morale préexistante chargée de réaliser ladite œuvre. Ce faisant, il peut sembler plus délicat de la différencier d'une libéralité à personne morale ordinaire. Si la doctrine distingue entre ces deux catégories de libéralités aux personnes morales, elle ne propose pas de critères convaincants. Deux ont pu être cependant soutenus.

D'une part, des auteurs ont proposé de distinguer entre les deux catégories de libéralités, celles qui conduisent à des charges perpétuelles constitutives de biens de mainmorte, des autres libéralités⁴¹⁵. Une telle proposition doit être doublement écartée. D'abord, il est désormais admis qu'une fondation peut être temporaire. Ensuite, rien n'empêche de grever une libéralité faite à une personne morale d'une clause d'inaliénabilité rendant la charge perpétuelle sans être en présence d'une fondation⁴¹⁶.

D'autre part, il a été proposé de voir dans la notion d'affectation la marque des fondations⁴¹⁷. Ainsi, lorsque le disposant a recours à une libéralité pure et simple sans affectation, il s'agirait d'une libéralité à une personne morale⁴¹⁸. Au contraire, quand il stipule « l'affectation de ses biens à l'intérêt qu'il entend soutenir », il s'agit d'une fondation⁴¹⁹. L'auteur de cette proposition convient, malgré tout, que toutes les libéralités à caractère collectif sont affectées. Simplement, là où la fondation mettrait en œuvre une clause d'affectation expresse, dans la libéralité à une personne morale ordinaire, l'affectation serait tacite et sous-entendue par la spécialité de la personne morale⁴²⁰. S'il est vrai que toutes les libéralités à caractère collectif ont en commun d'être affectées⁴²¹, une telle analyse n'est pas à l'abri de critiques. Lorsque la personne morale poursuit plusieurs objectifs, il est courant, pour le disposant, de prévoir expressément l'affectation de sa libéralité à l'un d'entre eux.

74. Création ou soutien de l'œuvre. Le critère, qui différencie les libéralités adressées aux personnes morales ordinaires des fondations, doit être recherché ailleurs. Dans la fondation le disposant contribue à *créer une œuvre nouvelle*. Le plus souvent, il affecte une partie de ses biens à la réalisation d'une œuvre qu'il a lui-même déterminée. Plus rarement, il répond à une souscription publique organisée par un tiers qui précise les contours de l'œuvre à créer. Ce constat est incontestable lorsque la fondation a pour but la création d'un nouveau

⁴¹⁵V. J. FLOUR, *op. cit.*, p. 370 ; J. FLOUR et H. SOULEAU, *op. cit.*, n° 345, p. 224.

⁴¹⁶V. *infra*, n° 183.

⁴¹⁷V. M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1671, p. 495.

⁴¹⁸V. *ibidem*.

⁴¹⁹V. *ibid.*

⁴²⁰V. *ibid.*

⁴²¹V. *infra*, n°s 167. et s.

groupement. L'objet du groupement à créer est de porter et de réaliser cette œuvre. Il est pareillement vérifié lorsque la fondation est adressée à une personne morale préexistante. La réalisation de l'œuvre fondée vient s'ajouter aux précédentes missions de la personne morale : la remise d'un prix par une université, la création de lits supplémentaires par un hôpital, la création d'un théâtre par une commune, etc. Chaque fois, **le fondateur initie une œuvre nouvelle**. Il dote la personne morale afin qu'elle puisse mettre en œuvre la fondation. Au contraire, dans la majorité des cas, le bienfaiteur n'est pas à l'initiative de l'œuvre qu'il soutient. Il souhaite simplement aider les activités déjà menées par le groupement bénéficiaire. En cela, les libéralités qui sont adressées à ce dernier viendront augmenter ses ressources. Dans cette hypothèse, *le bienfaiteur participe à la réalisation d'œuvres initiées par d'autres*. Il les soutient. Plus que des libéralités à personnes morales ordinaires, ce sont de véritables **libéralités-participation**.

Finalement, **l'initiative** offre un critère sûr pour distinguer les deux grandes catégories de libéralités à caractère collectif. Il n'est pas nouveau. Il a déjà été rencontré en matière de subventions publiques⁴²². Lorsque la libéralité à caractère collectif permet de créer une œuvre nouvelle, il s'agit d'une fondation. En revanche, si la libéralité permet de soutenir une œuvre préexistante, il s'agit d'une libéralité-participation.

75. Plan. Tandis que la fondation conduit à créer une œuvre nouvelle (Chapitre I), la libéralité-participation vient en soutien à une œuvre préexistante (Chapitre II).

⁴²²V. *supra*, n° 51.

Chapitre I. La fondation : la création d'une œuvre nouvelle

76. Un ancrage historique. Décrites par les philosophes des Lumières qui y étaient farouchement opposés en raison des prétentions d'éternité qui y sont associées⁴²³, les fondations fascinent. Les travaux qui leur ont été consacrés sont nombreux⁴²⁴. Bien qu'elles aient été longtemps ignorées par le législateur français, les fondations sont pluriséculaires⁴²⁵. Les Égyptiens et les Chaldéens les connaissaient déjà. À Athènes, la première fondation avait pour objet l'affectation des Jardins de THÉOPHRASTE à l'école de philosophie de PLATON. À cette fin, une libéralité avec charge fut adressée au profit de personnes physiques, disciples de THÉOPHRASTE (lui-même disciple d'ARISTOTE). Sous la République romaine, les fondations prennent, de la même manière, la forme de libéralités *sub modo* qui sont toujours adressées à une personne préexistante, à charge pour elle d'accomplir l'œuvre à perpétuité. Il en résulte que les premières fondations de l'histoire ne passaient pas par la création d'un patrimoine d'affectation personnifié. Elles reposaient toujours sur une personne préexistante. Lorsque le légataire était une personne physique, le recours aux fidéicommiss successifs permettait une affectation perpétuelle sans passer par le truchement d'un groupement préexistant. Il faudra attendre l'Empire romain pour que la possibilité de créer un patrimoine d'affectation personnifié soit consacrée : les *universitates rerum*. Malgré une courte prohibition en droit intermédiaire, le procédé est depuis admis⁴²⁶. Les œuvres créées par le recours à la fondation peuvent être portées soit par une personne préexistante, soit par un nouveau groupement.

⁴²³V. D. DIDEROT et J. d'ALEMBERT, *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, vol. 7, 1757, v^o *Fondations* ; G. SCHELLE (éd.), *Œuvres de Turgot et documents le concernant*, t. 1, Paris : Librairie F. Alcan, 1913, p. 584.

⁴²⁴V. notamment A. GEOUFFRE de LAPRADELLE, *Théorie et pratique des fondations perpétuelles, histoire, jurisprudence, vues critiques, droit français et étranger*, Paris : V. Giard et E. Brière, 1895 ; H. LÉVY-ULLMAN et P. GRUNEBaum, « Essai sur les fondations par testament », *RTD civ.* 1904, p. 253 et s. ; *Travaux de la Semaine internationale du droit*, t. 3, *Les fondations*, Paris : Sirey, 1937 ; R. CASSIN, *Droit civil approfondi et comparé : les libéralités avec charge et les fondations*, Paris : les Cours de droit, 1939 ; H. PAILHÉ, *De la création des fondations autonomes en droit positif français*, Grenoble : impr. de Boissy et Colomb, 1939 ; H. SOULEAU, *L'acte de fondation en droit français*, thèse de doctorat en droit, Paris : Université de Paris, 1969 ; M. POMEY, *Traité des fondations d'utilité publique*, Paris : PUF, 1980 ; C. DEBBASCH (dir.), *Les fondations, un mécénat pour notre temps ?*, Paris, Economica ; Aix-Marseille, Presses universitaires, 1987, coll. « Science et droit administratif » ; V. GUEJ, *Essai sur le régime juridique des fondations*, thèse de doctorat, Paris : Université de Paris II, 1999.

⁴²⁵V. A. GEOUFFRE de LAPRADELLE, *op. cit.*, p. 11 et s. ; M. POMEY, *op. cit.*, p. 31 et s. ; V. GUEJ, *op. cit.*, n^{os} 2 et s., p. 2 et s.

⁴²⁶Le droit révolutionnaire a supprimé les corps intermédiaires, notamment les fondations et congrégations, en échos aux aspirations révolutionnaires. L'interdiction fut rapidement cantonnée. La Constitution du 5 fructidor An III précisait qu'« il ne peut être formé de corporations ni d'associations contraires, à l'ordre public ». Ce faisant, elle n'interdirait que « les corporations jugées dangereuses et rétablit les bonnes mainmortes et communautés ». V. M. POMEY, *op. cit.*, p. 36.

77. La complexité de la notion de fondation. Longtemps silencieux, le législateur a fini par s'intéresser aux fondations. En 1987, il a consacré la finalité duale de la fondation : créer une nouvelle personne ou non⁴²⁷. Depuis, le Parlement n'a cessé d'innover en la matière : d'abord en créant les fondations d'entreprise et en consacrant la pratique des fondations abritées en 1990⁴²⁸ ; ensuite en développant une série de fondations spéciales dans diverses lois. Les fondations renvoient à des situations disparates. D'usage courant, le terme de fondation n'en est pas moins source de difficultés. Polysémique dans le langage ordinaire⁴²⁹, la notion de fondation l'est tout autant dans le langage juridique. Renvoyant à la fois à un acte juridique et à un groupement de biens dans la loi de 1987, seule la seconde acception semble avoir été reprise dans les lois ultérieures. Face à ces difficultés, un effort de clarification paraît nécessaire. La fondation peut revêtir trois acceptions : un acte juridique, la dotation en résultant, voire parfois un groupement de biens. Si ces approches sont traditionnelles, les réformes récentes ont pu les malmener. Les différentes lois qui ont permis la création de fondations-personnes morales sans dotation, c'est-à-dire sans acte de fondation ou l'admission récente de fondations temporaires interpellent. Un travail de clarification s'impose.

78. La diversité des actes de fondation. Une fois ce travail réalisé, il est nécessaire de revenir sur la seule conception qui intéresse une étude sur les libéralités à caractère collectif : l'acte de fondation constituant une libéralité. Cet acte peut tendre à deux résultats bien distincts. D'abord, l'acte de fondation peut avoir pour but de confier la réalisation d'une œuvre à une personne préexistante, à l'instar des droits antiques. Il ne présente guère de difficultés. Ensuite, l'acte de fondation peut avoir pour finalité de créer un nouveau groupement personnifié. Adressée à un groupement à créer, la libéralité, support de la fondation, ne peut qu'être bousculée. Réalisée entre vifs, la constitution de la fondation impose un acte de fondation qui ne peut être accepté qu'une fois l'établissement créé. Réalisé pour cause de mort, l'acte de fondation s'est longtemps heurté à la rigoureuse solution retenue par la jurisprudence civile : la nullité de l'acte directement adressé à une personne future. À côté de ce mode de constitution directe de fondations *post mortem*, un procédé de création indirecte devait donc se développer et prospérer. Depuis la doctrine et le législateur ont

⁴²⁷L. n° 87-571 du 23 juillet 1987, art. 18.

⁴²⁸L. n° 90-559 du 4 juillet 1990.

⁴²⁹V. J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), *Le petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, n^{lle} éd., Paris : le Robert, 2015, v° *Fondation*.

proposé des solutions pour remédier à ces difficultés, sans toutefois les régler en totalité. Au rang de ces innovations, la reconnaissance de fondations abritées est particulièrement intéressante. Elles sont à mi-chemin entre les deux précédentes catégories de fondation. D'une part, le fondateur charge une personne préexistante de créer une œuvre nouvelle. D'autre part, il impose à celle-ci la constitution d'un groupement non personnifié. À l'image des libéralités à caractère collectif, les actes de fondations peuvent être extrêmement variés. L'étude de chacune de ces trois catégories d'acte de fondation paraît nécessaire.

79. Plan. Ainsi, après avoir procédé à une clarification de la notion de fondation (Section I), une étude des différentes variétés d'actes de fondation sera proposée (Section II).

Section I. Clarification de la notion de fondation

80. Des difficultés de la « fondation ». La notion même de fondation est intrinsèquement source de difficultés. Polysémique, elle renvoie à des réalités plurielles. Pendant longtemps, la fondation n'a fait l'objet d'aucune définition légale. Il est donc revenu à la doctrine de la préciser. Une loi du 23 juillet 1987 a comblé ce vide⁴³⁰. Ses différentes dispositions reprennent, peu ou prou, les différents sens du terme fondation⁴³¹. Ils sont au nombre de trois et doivent être expliqués. Cependant, les difficultés entourant les fondations ne sont pas dues à sa seule définition. Différentes réformes ont récemment bouleversé les acceptions classiques de la fondation, la complexifiant toujours un peu plus.

La fondation est donc tout à la fois une notion polysémique (§1) et une institution complexe (§2).

§1. La fondation, une notion polysémique

La fondation est avant tout un acte juridique (A). Elle peut être une personne morale (B). Elle renvoie également à la masse de biens affectée (C).

⁴³⁰L. n° 87-571 du 23 juillet 1987.

⁴³¹Sur les trois définitions possibles de la fondation, V. R. CASSIN, *op. cit.*, p. 52.

A. Un acte juridique

81. Un acte d'affectation. Dans une première acception, le terme fondation renvoie à un *acte juridique* : *acte de fonder ou acte de fondation*. Il s'agit d'un *acte d'affectation*. Ainsi, la Cour de cassation, dans un arrêt du 15 février 1983 a pu affirmer que « l'élément déterminant d'une fondation est l'affectation d'une masse de biens à [un] but déterminé »⁴³². Pendant longtemps, il était classique de définir cet acte comme une « affectation perpétuelle de certains biens à un service déterminé »⁴³³, c'est-à-dire comme l'assignation à perpétuité d'un fonds à un but⁴³⁴. Ce service ou ce but sont généralement d'intérêt social, voire d'intérêt général⁴³⁵. Ce faisant, le fondateur va créer une œuvre nouvelle ; le fondateur est à l'initiative de l'œuvre. La loi du 23 juillet 1987, définissant presque accidentellement la fondation⁴³⁶, se distingue quelque peu de cette approche classique. Aux termes de son article 18, alinéa 1^{er} :

La fondation est l'acte par lequel une ou plusieurs personnes physiques ou morales décident de l'affectation irrévocable de biens, droits ou ressources à la réalisation d'une œuvre d'intérêt général et à but non lucratif⁴³⁷.

82. Une affectation irrévocable dans un but d'intérêt général. Il en ressort quelques différences importantes entre la définition légale et la conception classique. D'une part, *l'affectation n'a plus à être perpétuelle, mais simplement irrévocable*⁴³⁸. Or, ces deux notions ne sauraient être confondues. La perpétuité renvoie à la durée de l'affectation tandis que l'irrévocabilité empêche au fondateur de revenir sur celle-ci. Elle n'est qu'une application de

⁴³²Civ. 1^{re}, 15 février 1983, n° 81-15.951, *Bull. civ.* I, n° 61 ; *Rev. crit. DIP* 1983, p. 645, note B. ANCEL ; *RTD civ.* 1984, p. 350, obs J. PATARIN.

⁴³³V. J. FLOUR et H. SOULEAU, *Droit civil : Les libéralités*, par H. SOULEAU, Paris : Armand Colin, 1982, coll. « U Série Droit privé », n° 365, p. 240 ; J.-P. MARGUÉNAUD et B. DAUCHEZ, « Les libéralités à caractère collectif », in M. GRIMALDI (dir.), *Droit patrimonial de la famille*, 5e éd., Paris : Dalloz, 2014, coll. « Dalloz Action », n° 39.07, p. 1149.

⁴³⁴V. A. GEOUFFRE de LAPRADELLE, *op. cit.*, p. 1.

⁴³⁵V. J. FLOUR et H. SOULEAU, *op. cit.*, n° 365, p. 240.

⁴³⁶Cette définition est due à un amendement déposé au projet de loi lors de la première lecture par la commission des finances et de l'économie de l'Assemblée nationale (V. Rapp. AN 1986-1987, n° 836, p. 153 ; JO AN CR 1987, n° 54/2, p. 3728). Initialement, si la loi, adoptée selon la procédure d'urgence, devait « créer un environnement [fiscal] favorable au mécénat [...] et assouplir et préciser les règles juridiques des associations et fondations », elle n'entendait pas les doter d'une définition juridique (V. JO Sénat CR 1987, n° 29, p. 1290). Finalement, l'idée s'est imposée qu'à l'incrimination pénale visant l'utilisation frauduleuse de l'appellation « fondation » devait être associée une définition de celle-ci en vertu de l'adage *nulla poena sine lege* (V. Rapp. AN, *op. cit.*, p. 153).

⁴³⁷Ce faisant, le législateur a consacré la définition retenue par M. POMEY (V. *Traité des fondations d'utilité publique*, Paris : PUF, 1980, p. 19). Comp. H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 4, *Successions, Libéralités*, 5^e éd. par L. LEVENEUR et S. MAZEAUD-LEVENEUR, Paris : Montchrestien, 1999, n° 1413, p. 607, qui définissent la fondation comme « l'affectation donnée par le disposant à une masse de biens en vue d'un but déterminé, d'intérêt général et non lucratif ».

⁴³⁸Si un auteur souligne que la perpétuité de l'affectation se déduit généralement de son irrévocabilité, il relève que ces deux notions ne se recoupent pas puisque l'irrévocabilité renvoie à l'interdiction de se désengager sans préjudice de la durée de l'engagement (V. M. GRIMALDI, *op. cit.*, note n° 2, ss n° 1690, p. 513).

l'adage « donner et retenir ne vaut »⁴³⁹. Le législateur n'a, sans doute, pas pris conscience de cette différence dans la mesure où la définition posée était censée reprendre celle retenue par la jurisprudence⁴⁴⁰. D'autre part, si traditionnellement le but de l'affectation était d'intérêt général ou social, il était admis qu'une œuvre d'intérêt privé puisse être réalisée grâce à une fondation. À titre d'exemple, il était courant que des fondations dites de « messes » soient stipulées dans des testaments⁴⁴¹. Dans un autre ordre d'idée, le XVIII^e siècle a connu de nombreuses fondations dites « familiales » dont l'objet était la distribution de bourse au profit des jeunes de la famille du testateur⁴⁴². Désormais, il n'est plus question de créer des fondations, en principe⁴⁴³, pour la réalisation d'œuvres exclusivement religieuses, voire d'œuvres défendant de simples intérêts catégoriels comme des œuvres sociales de l'entreprise⁴⁴⁴.

La fondation peut également renvoyer à une personne morale.

B. Une personne morale

83. Un groupement de biens à but non lucratif. Dans une deuxième acception, la fondation renvoie à *une catégorie de groupements à but non lucratif* : une ***fondation-personne morale***. La loi du 23 juillet 1987 vise cette approche lorsqu'elle protège pénalement l'appellation de fondation de toute usurpation à l'article 20. Le texte prévoit que seules les fondations reconnues d'utilité publique et les fondations d'entreprises peuvent user de cette dénomination⁴⁴⁵. Chacune de ces catégories constitue un groupement spécial au sein des fondations-personnes morales. Il s'agit d'un groupement de biens, à la différence des associations, qui sont des groupements de personnes.

⁴³⁹V. *infra*, n° 137.

⁴⁴⁰V. Rapp. Sénat 1989-1990, n° 213, p. 5.

⁴⁴¹Encore que les fondations de messes ont quasiment disparu. Si une obligation de dire des messes pèse souvent sur le bénéficiaire d'une libéralité, aucun patrimoine n'y est affecté irrémédiablement. V. *infra*, n° 185.

⁴⁴²V. R. CASSIN, *op. cit.*, p. 26. Ce faisant le droit français se distingue, par exemple, du droit suisse qui autorise les fondations de famille « destinées au paiement des frais d'éducation, d'établissement et d'assistance des membres de la famille ou à des buts analogues » (C. civ. suisse, art. 335). La fondation, en droit suisse, a pour objet l'affectation de biens à un intérêt « spécial » et non à un but d'intérêt général (C. civ. suisse, art. 80). En France, « l'article 10 du décret du 23 prairial an XII définit la concession funéraire comme une fondation faite par le titulaire pour lui et pour sa descendance » (V. A. SÉRIAUX, *Successions et libéralités*, Paris : Ellipses, 2012, coll. « Université. Droit : manuel », n° 35, p. 59).

⁴⁴³Le Code civil local d'Alsace-Moselle distingue les fondations familiales des fondations affectées à des intérêts collectifs. Alors que les premières sont placées sous le contrôle du juge d'instance, les secondes sont confiées au préfet (V. J.-L. VALLENS, *Rép. civ. dalloz*, v° *Alsace et Moselle*, n° 29).

⁴⁴⁴V. J.-P. MARGUÉNAUD et B. DAUCHEZ, *op. cit.*, n° 391.41, p. 1160.

⁴⁴⁵Les fondations abritées peuvent également utiliser cette dénomination, ce qui démontre qu'il s'agit bien de véritables groupements (V. *infra*, n° 104.).

À cet égard, la loi du 31 juillet 2014 interpelle⁴⁴⁶. S'intéressant aux restructurations des groupements à but non lucratif, elle autorise certaines transformations sociales parfois surprenantes. Ainsi, les fonds de dotations et les associations, quels que soient leurs statuts, peuvent désormais « être transformé[s] en une fondation reconnue d'utilité publique sans donner lieu à dissolution ni à création d'une personne morale nouvelle »⁴⁴⁷. Si la transformation d'un fonds de dotation en fondation peut se concevoir, il paraît plus surprenant de permettre à une association, groupement de personnes, de devenir un groupement de biens. Le législateur a souhaité « simplifier les démarches » des organismes sans but lucratif⁴⁴⁸ sans toutefois réfléchir au devenir des membres de l'association⁴⁴⁹.

84. Des liens entre la fondation-personne morale et l'acte de fondation. Une fois admis que la fondation puisse constituer une personne morale, il convient d'être vigilant. Plusieurs écueils doivent être évités. D'abord, tout acte de fondation n'a pas pour but de créer une fondation-personne morale. Les *fondations à personnes morales à créer*, dont la finalité est la création d'une nouvelle personne morale dans l'ordre juridique, se distinguent, en effet, des *fondations avec recours à une personne morale préexistante*. Si, chaque fois, le fondateur initie une œuvre nouvelle, ce n'est que dans le premier cas que l'acte de fondation tend à créer une œuvre personnifiée. Le groupement à créer a alors pour objet de réaliser l'œuvre initiée dans l'acte de fondation. Dans le second cas, l'œuvre est réalisée par le groupement désigné. Lorsque l'acte tend à cette création d'un nouvel établissement, il est traditionnel d'y voir un *acte de dotation*⁴⁵⁰. Pourtant, cette distinction ne se justifie pas⁴⁵¹. L'acte de fondation constitue toujours un acte de dotation que le fondateur dote une personne morale nouvelle ou une personne morale préexistante.

La loi du 23 juillet 1987 consacre implicitement cette dualité d'hypothèses. Le deuxième alinéa de l'article 18 précité prévoit, en effet, les modalités d'acquisition de la personnalité morale du groupement « Lorsque l'acte de fondation a pour but la création d'une personne morale ». On en déduit que l'acte de fondation peut ne pas avoir pour but la création d'une

⁴⁴⁶L. n° 2014-856 du 31 juillet 2014.

⁴⁴⁷L. n° 87-571 du 23 juillet 1987, art. 20-2 (associations) ; L. n° 2008-776 du 4 août 2008, art. 140, XI (fonds de dotation).

⁴⁴⁸V. Rapp. AN 2014, n° 1891, p. 342 ; Rapp. Sénat 2013-2014, n° 84, p. 133 et 136.

⁴⁴⁹Va-t-on admettre des fondations reconnues d'utilité publique avec des membres, à l'instar de la Fondation du patrimoine (C. patr., art. L. 143-3, al. 6) ? Sur cette dernière, V. M. DRAPIER, « Entre personnes privées et mission d'intérêt général : la « Fondation du patrimoine », une institution à l'équilibre incertain », *D.* 1997, p. 212 et s.

⁴⁵⁰V. H. SOULEAU, *op. cit.*, n° 135, p. 239. *Adde* J. FLOUR et H. SOULEAU, *op. cit.*, n° 377, p. 248 ; V. GUEDJ, *Essai sur le régime juridique des fondations*, thèse Panthéon-Assas, 1999, n° 238, p. 180.

⁴⁵¹Comp. J.-P. MARGUÉNAUD et B. DAUCHEZ, *op. cit.*, n° 391.20, p. 1158 ; G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris : PUF, 2014, coll. « Quadrige », v° *Fondation*.

personne morale. Il est vrai que le texte ne précise pas à quel autre résultat la fondation peut aboutir. Faut-il admettre une interprétation large selon laquelle tout acte d'affectation répondant aux exigences posées est une fondation ? Cela reviendrait à autoriser « une fondation qui, sans recours à un tiers ni transmission patrimoniale, procéderait d'une déclaration unilatérale d'affectation de tout ou partie de ses biens à une œuvre d'intérêt général »⁴⁵². Tel ne semble pas avoir été la volonté du législateur⁴⁵³. En outre, l'utilité pratique d'une telle admission peine à se dévoiler⁴⁵⁴.

La fondation peut encore être définie comme une masse de biens.

C. Une masse de biens

85. De la masse de biens à la dotation. Une troisième acception de la fondation peut être retenue. La fondation peut renvoyer à la « masse de biens affectée à un but, à une œuvre déterminée »⁴⁵⁵. Résultant d'un acte de dotation, cette masse est qualifiée de *dotation*⁴⁵⁶.

Ce terme est lui-même polysémique puisque la dotation est souvent appréhendée, dans les textes, comme le capital social du groupement à but non lucratif⁴⁵⁷. Ainsi, en matière de fondation, il est question des « revenus de la dotation », de sa composition et de la possibilité de l'accroître⁴⁵⁸, mêlant ainsi les deux volets de la notion⁴⁵⁹. Ce glissement est malheureux puisqu'il suggère que certains groupements doivent être dotés afin d'être constitués, alors qu'il n'en est rien. On pense aux associations reconnues d'utilité publique⁴⁶⁰. L'association simplement déclarée, qui obtient la reconnaissance d'utilité publique, n'est pas transformée,

⁴⁵²V. M. GRIMALDI, *op. cit.*, note n° 3, ss n° 1690, p. 513.

⁴⁵³Il semble bien que législateur se soit borné à une codification à droit constant puisqu'il n'y a eu aucun débat sur la rédaction de cet alinéa (V. JO AN CR 1987, n° 54/2, p. 3728 et s). En ce sens, V. V. GUEDJ, *op. cit.*, n° 33, p. 31.

⁴⁵⁴V. F. ZÉNATI, « Législation française et communautaire de droit privé », *RTD civ.* 1987, p. 802 et s., n° 4, qui précise que « le débat est, il est vrai purement théorique, car la création d'une fondation incapable ne présente aucun intérêt ».

⁴⁵⁵V. G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil : Les successions et les libéralités*, par P. RAYNAUD, Paris : Sirey, 1983, n° 678, p. 502 ; A. SÉRIAUX, *Les successions, Les libéralités*, 2^e éd., Paris : PUF, 1993, coll. « Droit fondamental. Droit civil », n° 67, p. 121.

⁴⁵⁶V. J.-P. MARGUÉNAUD et B. DAUCHEZ, *op. cit.*, n° 391.20, p. 1158.

⁴⁵⁷Une telle assimilation se retrouve dans les travaux parlementaires à la loi n° 87-571 du 23 juillet 1987. À propos de la possibilité d'une dotation dont le versement serait échelonné dans le temps, le ministre de l'économie de l'époque précise que « cette mesure consistera à autoriser la libération du capital des fondations de manière échelonnée » (V. JO Sénat CR 1987, n° 29, p. 1291).

⁴⁵⁸Tel une augmentation de capital.

⁴⁵⁹V. Statuts-types, art. 10 et s (Annexe 3).

⁴⁶⁰Les statuts-types érigés par le Conseil d'État font expressément référence à la composition et aux revenus de la dotation initiale (V. Statuts-types, art. 15, Annexe 2)

elle n'est pas fondatrice, car elle ne dote pas. De la même manière, pendant longtemps, le fonds de dotation pouvait recevoir les mêmes reproches. Compris comme un fonds de capitalisation, un réceptacle de libéralités, seuls les revenus de sa « dotation » sont utilisés pour la réalisation de sa mission⁴⁶¹. Pour autant, les fonds de dotation pouvaient être créés sans dotation initiale ; elle était facultative⁴⁶². Le législateur est récemment revenu sur cette règle après avoir fait le constat que de nombreux fonds de dotation « dormants »⁴⁶³, simples coquilles vides⁴⁶⁴, s'étaient développés. Désormais, le fonds de dotation implique un *acte de fondation initial*⁴⁶⁵. Ce faisant, le législateur a fait du *fonds de dotation, une fondation particulière*⁴⁶⁶, une fondation simplement déclarée. Dans le même temps, il est revenu, sans peut-être en prendre conscience, sur la possibilité offerte aux personnes morales de droit public de créer de tels fonds. Ce groupement ne peut, en effet, recevoir, en principe, de fonds publics⁴⁶⁷. Or, une telle interdiction n'était pas contrariée par la création par une personne publique d'un fonds de dotation sans dotation⁴⁶⁸.

Les trois acceptions de la fondation sont classiques et relativement claires. Pourtant, la compréhension de l'institution est rendue plus complexe par de récentes réformes.

§2. La fondation, une institution complexe

Les trois acceptions de la fondation sont classiques. Pourtant, le législateur les a récemment bouleversées en consacrant deux catégories de fondations spécifiques : d'abord les fondations sans dotation (A) ; ensuite les fondations temporaires (B).

⁴⁶¹L. n° 2008-776 du 4 août 2008, art. 140, III, al. 4.

⁴⁶²L. n° 2008-776 du 4 août 2008, art. 140, II (anc). *Adde* N. RAIMON, « Les fonds de dotation : une vraie révolution juridique et stratégique », *Option finance* 2008, n° 998, p. 27 et s. ; M. DADOIT, « Fonds de dotation : la générosité à la portée de tous », *Dr. et patr.* 2009, n° 182, p. 36 et s. *Contra* F. CHARHON et I. COMBES (dir.), *Fondations, fonds de dotation : constitution, gestion, évolution*, Paris : Juris éd., 2011, coll. « Juris corpus », n° 2.02, p. 15.

⁴⁶³V. Rapp. Sénat 2013-2014, n° 84, p. 176 ; Rapp. AN 2014, n° 1891, p. 341.

⁴⁶⁴V. Avis Sénat 2013-2014, n° 70, p. 33.

⁴⁶⁵L. n° 2014-856 du 31 juillet 2014, art. 85, modifiant L. n° 2008-776 du 4 août 2008, art. 140, III, al. 2. Le seuil minimal a récemment été précisé par décret. Il est porté à 15 000 € (V. D. n° 2009-158, art. 2 *bis*, inséré par D. n° 2015-49 du 22 janvier 2015, art. 1^{er}).

⁴⁶⁶Encore qu'il ne saurait recourir à cette appellation, réservée aux seules fondations reconnues d'utilité publique. Sur la synonymie de la fondation et de la dotation affectée en droit anglosaxon sous le terme *endowment fund*, V. N. RAIMON, « Stratégies d'entreprise autour des fondations », *Actes prat. et stratég. patrim.* 2009, n° 2, p. 38 et s., n° 73.

⁴⁶⁷L. n° 2008-776 du 4 août 2008, art. 140, III, qui interdit que le fonds de dotation reçoive des fonds publics, sauf dérogations.

⁴⁶⁸Sur cette possibilité, V. Avis Sénat 2013-2014, n° 70, p. 31. Le fonds de dotation créé par l'Établissement public du Musée du Louvre en est une illustration.

A. Des fondations sans dotation

86. Des fondations-personnes morales sans dotation. Il est acquis qu'il peut exister des actes de fondations sans fondation-personne morale chaque fois que l'acte de fondation est adressé à une personne morale préexistante. À l'inverse, peut-on reconnaître des fondations-personnes morales sans affectation préalable, c'est-à-dire sans dotation initiale ? Pour le dire autrement existe-t-il des fondations (personnes morales) sans (acte de) fondation, c'est-à-dire des *fondations dites de flux*⁴⁶⁹ ? Il convient de bien distinguer cette hypothèse de celle dans laquelle la dotation est versée à la fondation par fraction sur plusieurs années. Le législateur autorise, en effet, les fondateurs à verser celle-ci sur une période maximale de dix ans⁴⁷⁰. Simple illustration de donation à terme⁴⁷¹, la libéralité, support de la dotation, ne saurait poser de difficultés particulières. L'affectation de biens est irrévocable.

Pour la doctrine classique, l'affectation est consubstantielle à celle de fondation-personne morale. Selon elle, tout nouveau groupement présuppose une affectation de biens et de droits consécutive à un acte de dotation⁴⁷². Le législateur en a parfaitement conscience. Les travaux parlementaires le démontrent⁴⁷³. Il l'a expressément affirmé en matière de fondation hospitalière et de fondation de coopération scientifique⁴⁷⁴. Avec les fondations partenariales⁴⁷⁵ et les fondations d'entreprises, celles-ci constituent des fondations spéciales personnifiées.

⁴⁶⁹La section consultative du Conseil d'État y est largement favorable (V. M. POMEY, *op. cit.*, p. 135 ; CE, *Rendre plus attractif le droit des fondations*, Paris : la Documentation française, 1997, coll. « Les études du Conseil d'État », p. 33).

⁴⁷⁰L. n° 87-571 du 23 juillet 1987, art. 18-1.

⁴⁷¹Sur celles-ci, V. M. GRIMALDI, « Les donations à termes », in *Le droit français à la fin du xx^e siècle : études offertes à Pierre Catala*, Paris : Litec, 2001, p. 421 et s.

⁴⁷²V. H. SOULEAU, *op. cit.*, n°s 139 et s., p. 242 et s. ; S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, préf. R. NERSON, Paris : LGDJ, 1976, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 145, n° 146, p. 123 ; V. GUEDJ, *op. cit.*, n°s 229 et s., p. 177 et s. *Contra* H. PAILHÉ, *De la création des fondations autonomes en droit positif français*, Grenoble : impr. de Boissy et Colomb, 1939, n° 161 et s., p. 275 et s.

⁴⁷³Les travaux parlementaires sur les fondations d'entreprise sont éclairants en ce sens. Par exemple, le rapporteur de la Commission des affaires culturelles au Sénat parle de « l'exigence d'une dotation patrimoniale sans laquelle il ne saurait y avoir de fondation » (V. JO Sénat CR 1990, p. 598). L'Assemblée nationale avait, en effet, déjà proposé la suppression de la dotation initiale. Le rapporteur au Sénat rappelle alors que l'exigence d'une dotation initiale permet de distinguer le groupement de biens de celui de personnes (V. Rapp. Sénat 1989-1990, n° 345, p. 14).

⁴⁷⁴En matière de fondation hospitalière, l'article L. 6141-7-3 du Code de la santé publique dispose que « les établissements publics de santé peuvent créer une ou plusieurs fondations hospitalières, dotées de la personnalité morale, résultant de l'affectation irrévocable à l'établissement intéressé de biens, droits ou ressources apportés par un ou plusieurs fondateurs pour la réalisation d'une ou plusieurs œuvres ou activités d'intérêt général et à but non lucratif, afin de concourir aux missions de recherche mentionnées à l'article L. 6112-1 » (Nous soulignons). En matière de fondation de coopération scientifique, l'article L. 344-12 Code de la recherche prévoit également l'existence d'une dotation initiale.

⁴⁷⁵C. éducatif, art. L. 719-13.

Dès lors, il est curieux de constater que ces deux dernières catégories de fondations ne nécessitent pas de dotation initiale⁴⁷⁶. Pourtant, lorsque le législateur a institué les fondations d'entreprise, il a exigé que les sociétés commerciales fondatrices lui apportent une masse de biens⁴⁷⁷. Afin de permettre à celles-ci de réaliser leur but, il a également imposé aux fondateurs de s'engager à verser des sommes sur le fondement d'un *programme d'action pluriannuel*⁴⁷⁸. Jugée trop contraignante⁴⁷⁹, l'obligation de constituer une dotation initiale a été abandonnée par une loi du 4 janvier 2002⁴⁸⁰. Cette obligation est apparue injustifiée dans la mesure où ces fondations, n'ayant qu'une vocation temporaire, n'auraient pas besoin des revenus d'une dotation pour assurer sa pérennité⁴⁸¹. Ce faisant, le législateur a consacré l'existence de fondations de flux⁴⁸². Sauf à voir dans l'engagement pluriannuel une affectation⁴⁸³, la notion de fondation d'entreprise paraît être un non-sens du point de vue conceptuel. Le groupement dénommé « fondation » n'implique aucun acte de fondation.

87. La fin d'un mythe ? Une récente loi a parachevé, sans doute sans le percevoir, ce mouvement⁴⁸⁴. Permettant les restructurations des fondations, elle a admis la création de fondations reconnues d'utilité publique sans acte de fondation. D'abord, elle a permis à des associations et des fonds de dotation de se transformer en fondation⁴⁸⁵. Une telle possibilité vient d'être étendue aux fondations d'entreprise et aux fondations spéciales⁴⁸⁶. Ensuite, la loi a autorisé la création de nouvelles fondations consécutives à une scission ou une fusion de fondations-personnes morales préexistantes⁴⁸⁷. La transmission universelle de patrimoine en résultant ne saurait être vue comme un acte de dotation⁴⁸⁸. Outre que de telles restructurations

⁴⁷⁶S'agissant de la fondation partenariale, on raisonnera par analogie. Le législateur a, en effet, renvoyé en la matière aux règles sur la fondation d'entreprise (C. éduc., art. L. 719-13 al. 2).

⁴⁷⁷V. H., L., et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, n° 1423-2, p. 613 ; M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1715, p. 527.

⁴⁷⁸Simplement, il était tenu compte du montant de l'engagement pour fixer son seuil.

⁴⁷⁹D'après un amendement proposé par le gouvernement. Celui-ci fait état d'un régime juridique trop contraignant freinant le développement des fondations d'entreprise. Pour lui, une telle obligation n'est pas cohérente eu égard au caractère temporaire de ces fondations et l'obligation de caution bancaire (V. JO AN CR 2002, n° 30/3, p. 2855).

⁴⁸⁰L. n° 2002-5 du 4 janvier 2002, art. 29, 4°.

⁴⁸¹V. Rapp. Sénat 2001-2002, n° 5, p. 122. Déjà en faveur de sa suppression, V. CE, *Rendre plus attractif le droit des fondations*, *op. cit.*, p. 125.

⁴⁸²V. F. CHARHON et I. COMBES (dir), *op. cit.*, n° 5.09, p. 52. Elles sont autrement dénommées *fondations-canal* à côté des *fondations dites réservoirs*. Le financement des premières est assuré par l'engagement des fondateurs à verser des subventions alors que le financement des secondes résulte de la dotation (V. M. POMEY, *op. cit.*, p. 29).

⁴⁸³En ce sens, V. V. GUEDJ, *op. cit.*, n° 406, p. 255.

⁴⁸⁴L. n° 2014-856 du 31 juillet 2014, art. 82, 86 et 87

⁴⁸⁵V. *supra*, n° 83.

⁴⁸⁶L. n° 87-571 du 23 juillet 1987, art. 20-3, issu de ord. n° 2015-904 du 23 juillet 2015, art. 6.

⁴⁸⁷L. n° 87-571 du 23 juillet 1987, art. 20-1-I, issu de L n° 2014-856 du 31 juillet 2014, art. 83.

⁴⁸⁸V. R. RAFFRAY, *La transmission universelle du patrimoine des personnes morales*, préf. F. DEBOISSY, Paris : Dalloz, 2011, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », t. 108, n°s 85 et s., p. 78 et s.

peuvent se heurter aux volontés des fondateurs⁴⁸⁹, ces innovations détachent encore un peu plus la fondation-personne morale de l'acte de fondation.

Au-delà du point de savoir si la dotation est consubstantielle ou non à la fondation-personne morale, la nature de celle-ci n'est pas sans poser difficulté. Il s'agit de la question soulevée par les fondations temporaires.

B. Des fondations temporaires

88. La reconnaissance des fondations à durée limitée. La possibilité de constituer des fondations temporaires est récente. Pendant longtemps, la perpétuité de la fondation participait de sa définition⁴⁹⁰ au point que des auteurs voyaient dans cette caractéristique la spécificité des fondations par rapport aux libéralités ordinaires adressées aux personnes morales⁴⁹¹. Pour autant, cette perpétuité a toujours été théorique. Les statuts-types rédigés par le Conseil d'État ont, en effet, toujours prévu la possibilité d'une dissolution volontaire d'une fondation-personne morale⁴⁹². Depuis, le législateur de 1987 a défini la fondation en insistant uniquement sur son caractère irrévocable et non plus perpétuel. S'il paraît certain que le législateur n'a pas souhaité se défaire de ce caractère⁴⁹³, il ouvrirait nécessairement une brèche vers l'admission des fondations temporaires⁴⁹⁴. Il fut le premier à s'y engouffrer lorsqu'il créa les fondations d'entreprise en 1990⁴⁹⁵. Elles sont par essence temporaires car créées pour une durée déterminée⁴⁹⁶. Dans la mesure où la création d'une fondation d'entreprise impliquait à cette époque une dotation initiale⁴⁹⁷, le législateur consacrait nécessairement la possibilité d'affectation temporaire.

⁴⁸⁹Sur la révision des charges, V. *infra* n^{os} 408. et s.

⁴⁹⁰V. *supra*, n^o 81. Il a été défendu l'idée selon laquelle la fondation pourrait ne pas être perpétuelle, mais seulement instituée pour une période de très longue durée (V. P. de FONT-RÉAULX, « Rapport sur les fondations en France », in *Travaux de la Semaine internationale de droit*, t. 3, *Les fondations*, Paris : Sirey, 1937, p. 57 et s., spéc. p. 63).

⁴⁹¹V. J. FLOUR et H. SOULEAU, *op. cit.*, n^o 345, p. 224.

⁴⁹²En ce sens également, V. M. POMEY, *op. cit.*, p. 90. Pour cet auteur, « la durée de vie des fondations y est indéfinie plutôt que perpétuelle ». Des auteurs ont relevé le caractère paradoxal de la dissolution en raison du caractère perpétuel de la fondation (V. J.-P. MARGUÉNAUD et B. DAUCHEZ, *op. cit.*, n^o 391.151, p. 1164).

⁴⁹³Les travaux préparatoires sur la loi relative aux fondations d'entreprise montrent qu'elle entend introduire un assouplissement important au régime des fondations reconnues d'utilité publique en permettant la création de fondation non pérenne (V. Rapp. Sénat 1989-1990, n^o 213, p. 14 et 43 ; JO Sénat CR 1990, n^o 15, p. 584). C'est donc que la loi de 1987 n'avait pas souhaité remettre en cause ce principe. Pour dire vrai, la définition de la fondation n'a pas fait l'objet de nombreux débats (V. Rapp. AN 1986-1987, n^o 836, p. 53).

⁴⁹⁴Déjà sur la possibilité de fondations temporaires, V. R. CASSIN, *op. cit.*, p. 74.

⁴⁹⁵L. n^o 90-559 du 4 juillet 1990.

⁴⁹⁶L. n^o 87-571 du 23 juillet 1987, art. 19-2. Celles-ci ne peuvent être créées pour une durée inférieure à cinq ans.

⁴⁹⁷V. *supra*, n^o 86.

89. La reconnaissance de fondation à dotation consommable. Le Conseil d'État a rapidement proposé d'admettre la possibilité de créer une fondation reconnue d'utilité publique temporaire lorsque celle-ci poursuit un objectif déterminé pouvant être atteint en un temps défini⁴⁹⁸. Dans ce cas, la dotation devait pouvoir être consommée. Sans attendre une intervention législative ou réglementaire, le Conseil d'État a entériné sa propre doctrine⁴⁹⁹. Les statuts-types, approuvés dans son avis du 2 avril 2003⁵⁰⁰, indiquent qu'« une telle solution ne saurait être admise que si elle correspond à la volonté du ou des fondateurs et *si la fondation se donne un objet bien circonscrit et réalisable dans un laps de temps déterminé* »⁵⁰¹. Ce faisant, le Conseil d'État consacrait l'existence de *fondations à capital consommable*⁵⁰², tout en imposant qu'une part de la dotation soit capitalisée⁵⁰³. Dans cette lignée, le législateur de 2008 a autorisé la constitution de fonds de dotation à durée limitée⁵⁰⁴. Le divorce entre l'irrévocabilité et la pérennité semble donc consommé. À cette occasion, le Parlement semble avoir acté qu'il puisse exister des fondations à dotation consommable à côté des fondations pérennes⁵⁰⁵.

Le *lien entre dotations consommable et temporaire* est récent. Lorsque la fondation d'entreprise était soumise à une dotation initiale, celle-ci devait être capitalisée alors même qu'elle était temporaire. Depuis, le législateur semble avoir confirmé ce lien. D'abord, il a autorisé les fondations d'entreprise, dans lesquels il existe toujours une dotation initiale, à la consommer⁵⁰⁶. Ensuite, lors des débats parlementaires à l'occasion de la création des fonds de dotation, les rapporteurs du texte au Sénat ont soulevé le paradoxe qui pouvait exister entre le

⁴⁹⁸CE, *Rendre plus attractif le droit des fondations*, *op. cit.*, p. 32 et 33.

⁴⁹⁹À ce stade, le rôle extrême joué par le Conseil d'État est critiquable. De deux choses l'une. Soit la loi du 23 juillet 1987 préférant le concept d'irrévocabilité à celui de perpétuité est venue reconnaître implicitement l'existence de fondation temporaire et consacrer une nouvelle approche de la fondation – ce qui est contestable – et les limites posées par le Conseil d'État à leur développement sont contestables. Soit il ne s'agit que d'une erreur de plume et le législateur voit dans l'irrévocabilité la traduction de la perpétuité et le Conseil d'État ne devrait pas s'émanciper du cadre de la loi.

⁵⁰⁰Une telle possibilité n'est pas reprise dans les statuts-types approuvés dans l'avis du 13 mars 2012. Les raisons de cette suppression ne sont pas connues (V. Annexe 3).

⁵⁰¹Nous soulignons. Ex : rénovation d'un édifice, V. Statuts-types approuvés par le Conseil d'État dans son avis du 2 avril 2003, note n° 33, ss l'art. 12. *Adde* CE, *Études et documents : rapport public 2004*, Paris : la Documentation française, 2004, coll. « ECDE », n° 55, p. 66.

⁵⁰²Le Conseil d'État refuse, en principe, qu'une telle faculté résulte d'une modification des statuts de la fondation. En d'autres termes, soit la consommation de la dotation est prévue *ab initio*, soit il est impossible ensuite de la prévoir (V. *ibidem*, p. 67). Par exception, le Conseil d'État a pu admettre qu'une modification prévoit la consommation d'une faible partie de la dotation de sorte que l'opération ne mettait pas en cause la pérennité de la fondation (V. CE, *Études et documents : rapport public 2010*, Paris : la Documentation française, 2010, coll. « ECDE », n° 61, p. 141).

⁵⁰³V. CE, *Études et documents : rapport public 2007*, Paris : la Documentation française, 2007, coll. « ECDE », n° 58, p. 67.

⁵⁰⁴L. n° 2008-776 du 4 août 2008, art. 140, I.

⁵⁰⁵V. Rapp. AN 2008, n° 908, p. 419 ; Rapp. Sénat 2007-2008, n° 413, p. 499 ; JO Sénat CR 2008, n° 57, p. 3912. En séance, le rapporteur, défendant la possibilité pour les fonds de dotation de consommer leur dotation, s'exprime en ces termes : « c'est une modalité qui existe naturellement dans le statut des fondations ».

⁵⁰⁶L. n° 87-571 du 23 juillet 1987, art. 19-6.

projet initial, interdisant aux fonds de dotation de consommer leur dotation, et la possibilité de créer des fonds temporaires⁵⁰⁷. Fort de cet argument, le législateur a retenu la possibilité de consommer la dotation initiale chaque fois que les statuts le permettent⁵⁰⁸. Plutôt que de renvoyer la question aux statuts, il est regrettable que le législateur n'ait pas cantonné la possibilité de consommer la dotation aux seuls fonds temporaires⁵⁰⁹.

90. Des solutions à étendre aux fondations non personnifiées. Chaque fois que le législateur ou le Conseil d'État sont intervenus pour consacrer l'éventualité de fondations temporaires, c'est uniquement pour les actes de fondation ayant pour but de créer un nouveau groupement. En réalité, l'affectation est temporaire car le groupement créé l'est lui-même. Néanmoins, une même solution pourrait être retenue pour les actes de fondation qui n'ont pas pour finalité de créer un nouveau groupement⁵¹⁰. Ils n'en demeurent pas moins des *affectations durables et irrévocables*. Ce faisant⁵¹¹, il est possible de se demander si une personne physique peut être destinataire d'un acte de fondation⁵¹². Avec des auteurs, il est possible de retenir que « la fondation suppose, en fait sinon forcément en droit, que les biens so[ie]nt attribués à une personne morale »⁵¹³. Il s'agirait de « la condition nécessaire pour en assurer la durée et la stabilité »⁵¹⁴.

Si la notion même de fondation a toujours été délicate à cerner, elle semble s'être complexifiée ces dernières années du fait d'un législateur guidé davantage par des considérations d'opportunité que par la pureté des concepts. Une fois les différentes acceptions de la notion comprises, il convient d'examiner plus en détail l'acte de fondation dont les manifestations sont variées.

⁵⁰⁷V. Rapp. Sénat 2007-2008, n° 413, p. 504.

⁵⁰⁸L. n° 2008-776 du 4 août 2008, art. 140, III.

⁵⁰⁹Une même critique peut être adressée au récent décret n° 2014-956 du 21 août 2014, qui reconnaît le caractère consomptible de la dotation de la fondation hospitalière sans admettre que celle-ci puisse être à durée limitée (C. santé publ., art. R. 6141-61 et s.).

⁵¹⁰C'est déjà le cas en pratique pour les fondations abritées. V. *infra*, n° 103.

⁵¹¹L'interdiction des substitutions fidéicommissaires s'oppose à ce que des personnes physiques soient destinataires de fondations perpétuelles. Sur cette interdiction, V. F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Droit civil : Les successions, les libéralités*, 4^e éd., Paris : Dalloz, 2014, coll. « Précis. Droit privé », n° 610, p. 538.

⁵¹²Sur une telle possibilité, V. V. GUEDJ, *op. cit.*, n° 68, p. 60.

⁵¹³V. J. FLOUR et H. SOULEAU, *op. cit.*, n° 365, p. 240.

⁵¹⁴V. *ibidem*.

Section II. Étude des différentes variétés d'actes de fondation

L'acte de fondation peut avoir deux buts diamétralement opposés. D'une part, le fondateur peut souhaiter initier une œuvre personnifiée, c'est-à-dire créer une fondation-personne morale. D'autre part, le fondateur peut ne pas avoir une si grande ambition et se borne alors à adresser sa fondation à une personne morale préexistante. Cette approche est séculaire. Pourtant, elle a récemment été bouleversée par l'institution de la fondation dite abritée ou sous égide, qui se situe à la croisée de ces deux buts.

À côté de la fondation par création d'une personne morale visant à initier une œuvre personnifiée (§1) et de la fondation avec recours à une personne morale préexistante dans le but de créer une œuvre non personnifiée (§2), les fondations abritées constituent une catégorie intermédiaire (§3).

§1. La fondation par création d'une personne morale : une œuvre personnifiée

Lorsque l'on s'intéresse à la fondation par création d'une personne morale nouvelle, il est enseigné que la fondation peut avoir lieu entre vifs ou pour cause de mort. Une telle présentation ne se comprend que du côté des personnes physiques. Or, les personnes morales sont de plus en plus nombreuses à fonder des groupements nouveaux. S'il convient de reprendre cette présentation classique, il faudra garder à l'esprit cette réalité. L'examen de la fondation entre vifs (A) précédera celui de la fondation pour cause de mort (B).

A. La fondation entre vifs

91. Une donation entre vifs. La fondation est réalisée entre vifs lorsque le fondateur crée une fondation-personne morale de son vivant. Constituant « un acte de transfert patrimonial »⁵¹⁵, l'acte de dotation entre vifs s'appuie sur une donation avec charge⁵¹⁶. Les fondateurs procèdent par voie de donation à l'affectation d'une masse de biens à un but

⁵¹⁵V. J. FLOUR et H. SOULEAU, *Droit civil : Les libéralités*, par H. SOULEAU, Paris : Armand Colin, 1982, coll. « U Série Droit privé », n° 376, p. 248.

⁵¹⁶V. R. CASSIN, *Droit civil approfondi et comparé : les libéralités avec charge et les fondations*, Paris : les Cours de droit, 1939, p. 70. *Addé* Rapp. Sénat 1989-1990, n° 213, p. 25, qui présente la fondation comme reposant sur une libéralité avec charge.

d'intérêt général. La réalisation de ce but par le nouveau groupement s'analyse comme une charge de la donation. Séduisante, une telle conception se heurte à un obstacle pratique, que les auteurs n'ont pas manqué de relever et qui est d'ordre chronologique⁵¹⁷. En général, l'opération visant à créer une fondation-personne morale se décompose en trois temps : un acte de dotation, un acte de création de la personne morale⁵¹⁸ et le transfert des biens à la personne morale nouvellement créée⁵¹⁹. Or, en matière de fondation reconnue d'utilité publique par exemple⁵²⁰, le Conseil d'État donne un avis favorable à la création du groupement à la condition qu'il existe une dotation suffisante, de sorte que l'acte, support de la dotation, doit précéder l'intervention du décret de reconnaissance. Or, un tel acte n'est parfait qu'à compter de son acceptation par la fondation, ce qui suppose que le groupement soit constitué et qu'il jouisse de la capacité juridique. Finalement, si la donation est essentielle à la création de la nouvelle personne morale, elle ne pourrait avoir d'existence juridique qu'à la condition que cette personne morale lui préexiste⁵²¹. En résumé : sans fondation-personne morale, il ne peut y avoir d'acte de dotation ; mais sans acte de dotation, il ne saurait y avoir de fondation-personne morale.

92. Une offre de donation ? Pour contourner l'obstacle chronologique, SOULEAU a proposé de recourir à la notion d'« offre de donation »⁵²². Cette offre est ferme, précise et adressée à une personne déterminée bien que future, à savoir la fondation à créer. Une fois reconnu, le nouveau groupement peut accepter l'offre permettant la rencontre des consentements et la formation du contrat de donation⁵²³. Une telle offre, en ce qu'elle préexiste à la reconnaissance d'utilité publique, permet que la chronologie soit respectée. En pratique, le dossier d'instruction de la demande de reconnaissance d'utilité publique remise au ministère

⁵¹⁷M. GRIMALDI, *Droit civil : Libéralités, partages d'ascendants*, Paris : Litec, 2000, n° 1711, p. 523.

⁵¹⁸V. *infra*, n° 257.

⁵¹⁹V. J. FLOUR et H. SOULEAU, *op. cit.*, n° 373, p. 244. Pour un auteur, ce troisième temps permet une articulation entre la dotation de la personne morale et sa création (V. M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1699, p. 518).

⁵²⁰Il en va de même en matière de fondations de coopération scientifique (C. rech., art. L. 344-11 et s.) et de fondations hospitalières (C. santé publ., art. L. 6141-7-3). Chaque fois, les statuts de ces fondations sont approuvés par décret.

⁵²¹Pour le dire autrement, « la donation ne peut être consentie avant la reconnaissance d'utilité publique qui confère la personnalité morale à la fondation [tandis que] la dotation qui résulte de la donation est une condition de sa reconnaissance » (V. M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1711, p. 523).

⁵²²Adde V. GUEDJ, *Essai sur le régime juridique des fondations*, thèse de doctorat, Paris : Université de Paris II, 1999, n° 252, p. 186. *Contra* M. POMEY, *Traité des fondations d'utilité publique*, Paris : PUF, 1980, p. 231, qui propose d'avoir recours à la promesse de donation. Cependant, la promesse de donation est un contrat impliquant son acceptation. Une telle proposition ne résout rien.

⁵²³V. H. SOULEAU, *L'acte de fondation en droit français*, thèse de doctorat en droit, Paris : Université de Paris, 1969, n° 206, p. 356 ; J. FLOUR et H. SOULEAU, *op. cit.*, n° 377 et n° 378, p. 248 ; M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1711, p. 523 ; J.-P. MARGUÉNAUD et B. DAUCHEZ, « Les libéralités à caractère collectif », in M. GRIMALDI (dir.), *Droit patrimonial de la famille*, 5e éd., Paris : Dalloz, 2014, coll. « Dalloz Action », n° 36, p. 1103 et s., n° 391.32, p. 1159. *Contra* P. ESMEIN, in C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français*, t. 10, 6e éd., par P. ESMEIN, Paris : Éd. techniques, 1954, note n° 1, ss n° 649, p. 432 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 5, *Donations et testaments*, 2e éd., par A. TRASBOT et Y. LOUSSOUARN, Paris : LGDJ, 1957, n° 168, p. 236. Pour ces derniers, se placer du côté de l'offre suppose que la personne soit conçue.

de l'Intérieur contient effectivement un acte notarié de donation signé par le ou les fondateurs et par le notaire⁵²⁴. Un tel acte semble emprunter les contours d'une offre de donation par acte authentique conformément à l'article 931 du Code civil. Pourtant, une telle qualification n'est pas exempte de critiques⁵²⁵. Celle d'engagement unilatéral de volonté lui est préférable⁵²⁶. Support d'une donation indirecte, ce mécanisme permet de sécuriser l'institution. Le Conseil d'État octroie la reconnaissance sur la base d'un acte juridique obligatoire, dont l'efficacité seulement est retardée à l'acceptation par la fondation à créer.

93. Exclusion des fondations transparentes. Quelle que soit la qualification retenue, l'acte de fondation entre vifs constitue une libéralité. Or, les personnes morales peuvent créer des fondations. Le législateur l'a expressément prévu. Il définit l'acte de fondation comme étant un acte réalisé par « une ou plusieurs personnes physiques ou morales ». Une telle approche ne surprend guère. Il est admis que les personnes morales puissent consentir des libéralités⁵²⁷, quand bien même elles seraient de droit public⁵²⁸. L'acte de dotation n'est donc pas disqualifié en présence de fondateurs de cette catégorie⁵²⁹.

Il arrive, néanmoins, que les personnes publiques créent des fondations afin de réaliser leur mission de service public. De prime abord, l'hypothèse paraît rare. Le Conseil d'État refuse, en effet, que la dotation d'une fondation reconnue d'utilité publique provienne essentiellement de fonds publics⁵³⁰. Aussi, s'est-on interrogé sur la possibilité pour une personne publique de procéder seule à la création d'une fondation-personne morale⁵³¹. Cette controverse est désormais dépassée. D'abord, le législateur a permis aux établissements publics à caractère industriel et commercial de créer des fondations reconnues d'utilité publique⁵³². Il s'agit d'un cas de mécénat d'entreprise ; le groupement ne réalise pas la mission de son fondateur. Ensuite, le législateur a instauré une série de fondations spéciales à la disposition des personnes publiques, qui seules, ou en concours avec des personnes privées, vont affecter une dotation à la réalisation de missions, peu ou prou, équivalentes aux leurs. Il

⁵²⁴La pratique n'a pas toujours été en ce sens. Dans son cours de droit civil en 1939, CASSIN relève que le Conseil d'État se prononce sur la reconnaissance d'utilité publique en présence de la déclaration d'affectation du fondateur, soit par acte authentique, soit par acte sous seing privé (V. R. CASSIN, *op. cit.*, p. 71). Une telle pratique contredit la théorie de l'offre de dotation puisque celle-ci doit nécessairement respecter la forme notariée.

⁵²⁵V. *infra*, n^{os} 203. et s.

⁵²⁶V. *infra*, n^{os} 205. et s.

⁵²⁷V. *supra*, n^o 37.

⁵²⁸V. *supra*, n^o 53.

⁵²⁹*Contra*, en présence de fondateurs personnes publiques, V. GUEDJ, *op. cit.*, n^o 247, p. 183.

⁵³⁰V. *infra*, n^o 257.

⁵³¹V. J.-P. MARGUÉNAUD et B. DAUCHEZ, *op. cit.*, n^o 391.14, p. 1158.

⁵³²V. *ibidem*. Adde L. n^o 87-571 du 23 juillet 1987, art. 18 al. 3.

s'agit des fondations hospitalières⁵³³, des fondations partenariales⁵³⁴ et des fondations de coopérations scientifiques⁵³⁵.

Ce mode de fonctionnement est désormais connu. Il a été rencontré en matière d'association⁵³⁶. Le Conseil d'État requalifie les associations créées par les personnes publiques en vue de réaliser leurs missions de service public en associations « transparentes ». Il convient d'étendre cette solution en présence de fondation créée par des personnes publiques. L'acte de dotation ne constitue pas une libéralité. L'approche retenue par le Conseil d'État conforte cette proposition. Pour asseoir son refus de voir des personnes publiques constituer des fondations, la Haute juridiction administrative estime, qu'en réalité, de telles fondations dissimulent des établissements publics déguisés en fondations⁵³⁷. Pour le dire autrement, une fondation créée à l'initiative d'une personne publique est une *fondation transparente*. Le Conseil d'État l'a implicitement reconnu au sujet de la « Fondation Jean Moulin ». Cette fondation, créée par le ministère de l'Intérieur, est contrôlée par ses hauts fonctionnaires et a pour but la gestion de prestations sociales au profit de ses agents. La section de l'Intérieur du Conseil d'État a récemment affirmé que cette fondation devait être regardée comme un pouvoir adjudicataire au sens du droit communautaire et donc se soumettre aux règles de mises en concurrence en matière de contrats de marchés publics⁵³⁸. Les mêmes solutions devraient être appliquées aux fondations spéciales susvisées⁵³⁹, lorsqu'elles sont initiées par des personnes publiques⁵⁴⁰. La dotation ne résulte pas d'un acte de fondation au sens du droit des libéralités. Il n'en demeure pas moins que les participations des personnes privées dans ces fondations seront analysées comme des libéralités.

À côté de la fondation entre vifs, la fondation personnifiée peut également être réalisée pour cause de mort.

⁵³³C. santé publ., art. L. 6141-7-3. L'article 1^{er} du décret n° 2014-956 du 21 août 2014 précise que les fondations hospitalières « sont créées à l'initiative d'un ou plusieurs établissements publics de santé » (Nous soulignons).

⁵³⁴C. éduc., art. L. 719-13.

⁵³⁵C. rech., art. L. 344-11.

⁵³⁶V. *supra*, n° 49.

⁵³⁷V. CE, 26 avril 1977, avis n° 319582, cité par M. POMEY, *op. cit.*, p. 79 et p. 418.

⁵³⁸V. CE, ass., 23 octobre 2003, avis n° 369315.

⁵³⁹Comp. Rapp. AN 2014, n° 1891, p. 343, dans lequel une députée estime que les nouvelles fondations hospitalières « peuvent apparaître comme une forme de démembrement du service public hospitalier, puisqu'elles autorisent les hôpitaux publics à exercer une activité privée ».

⁵⁴⁰Les solutions retenues en matière de gestion de fait et de contrats de marchés publics devraient leur être appliquées. Il ne semble pas que le juge administratif se soit déjà prononcé sur cette question.

B. La fondation pour cause de mort

Réalisé pour cause de mort, l'acte de dotation puise sa source dans un testament. Cet acte peut renfermer deux types de fondation testamentaires : directe ou indirecte⁵⁴¹. Dans le premier cas, le legs est directement adressé à la fondation à créer. Dans le second, le legs est destiné à un tiers légataire à charge pour lui de créer le groupement et de lui rétrocéder les biens. Si aujourd'hui ces deux procédés sont possibles, pendant longtemps les Hautes juridictions ne s'entendaient pas sur la licéité de la fondation testamentaire directe.

Les difficultés propres aux fondations testamentaires ne sont pas similaires en l'état du droit sous l'empire du Code civil (1) et du droit positif (2).

1. L'état du droit sous l'empire du Code civil

94. Entre nullité et validité du legs à une fondation à créer : divergence entre les Hautes juridictions. En présence d'une fondation testamentaire directe, la difficulté rencontrée précédemment du côté des fondations entre vifs atteint son paroxysme. La personne morale à créer n'existe pas. Le testateur dispose en faveur d'une personne morale inexistante au jour de l'ouverture de la succession. La jurisprudence civile a toujours considéré, sur le fondement de l'article 906 du Code civil⁵⁴², qu'une telle disposition était nulle car destinée à une personne future⁵⁴³. Selon ce texte :

Pour être capable de recevoir entre vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation.

Pour être capable de recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur.

Néanmoins, la donation ou le testament n'auront leur effet qu'autant que l'enfant sera né viable.

⁵⁴¹Comp. S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, préf. R. NERSON, Paris : LGDJ, 1976, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 145, n° 142, p. 121, pour lequel la terminologie est trompeuse.

⁵⁴²Pour CASSIN, le Code civil se borne à reprendre sur ce point l'ordonnance de d'A GUESSEAU, qui était attentive autant aux personnes physiques qu'aux personnes morales (V. R. CASSIN, *op. cit.*, p. 327).

⁵⁴³V. Civ., 12 avril 1864, *D.* 1865, 1, p. 82 ; Civ., 14 août 1866, *D.* 1867, 1, p. 218 ; *S.* 1867, 1, p. 61 ; Req., 24 novembre 1874, *S.* 1875, 1, p. 8 ; Civ., 7 février 1912, *D.* 1912, 1, p. 43 ; *S.* 1914, 1, p. 305, note HUGUENEY ; Civ., 12 mai 1902, *D.* 1902, 1, p. 425 ; Civ. 1^{re}, 15 février 1983, n° 81-15.951, *Bull. civ.* I, n° 61 ; *Rev. crit. DIP* 1983, p. 645, note B. ANCEL ; *RTD civ.* 1984, p. 350, obs. J. PATARIN ; Civ. 1^{re}, 22 juillet 1987, n° 85-13.907, *Bull. civ.* I, n° 258 ; *Gaz. Pal.* 1988, n° 1, p. 137, note de LA MARNIERRE.

L'application stricte de cette disposition, au-delà des personnes physiques, a été critiquée⁵⁴⁴. Pour autant, la Cour de cassation a toujours écarté l'idée qu'un organisme inexistant au jour de l'ouverture de la succession puisse être bénéficiaire d'un legs. Une telle solution trouve sa raison d'être dans le refus de voir la succession du *de cuius* vacante. Tout ou partie du patrimoine du *de cuius*, fut-il affecté à un but déterminé, ne saurait être dépourvu de titulaire. La théorie classique du patrimoine, refusant de faire une place au patrimoine d'affectation, a été dénoncée comme constituant un frein à l'émancipation des fondations en France⁵⁴⁵.

Au contraire, le juge administratif ne semble pas s'être embarrassé de cette théorie. Le Conseil d'État a depuis longtemps surmonté cette difficulté en faisant rétroagir l'acquisition de la personnalité juridique de la fondation au jour de l'ouverture de la succession⁵⁴⁶. Ainsi, le legs à une fondation à créer devenait valable puisque, du fait de la rétroactivité, la personne morale était censée exister au jour de l'ouverture de la succession. L'obstacle de la vacance de la succession paraissait levé. L'institution de la saisine héréditaire devait, en outre, assurer une gestion et une administration du patrimoine affecté dans l'attente de sa délivrance effective à son titulaire. Si la solution retenue par le juge administratif paraît intéressante, elle se heurte à un obstacle pratique de taille lorsque le testateur n'a pas désigné d'exécuteur testamentaire pour réaliser les formalités de constitution de la fondation. La fondation pouvait ne jamais être créée. Pour sa part, la Cour de cassation refusa d'adopter la même solution.

95. Développement des fondations testamentaires indirectes. Face à la rigueur de la jurisprudence développée par la Cour de cassation à l'encontre des fondations testamentaires directes, la pratique a proposé de recourir à la libéralité *sub modo*. Ainsi, le patrimoine affecté est transmis à une personne morale ou physique existante. Deux obligations incombent alors au légataire. La première est une obligation de faire consistant à accomplir les démarches et formalités nécessaires en vue de l'obtention de la reconnaissance d'utilité publique. La seconde est une obligation de donner puisque le légataire doit transmettre le patrimoine reçu une fois la reconnaissance d'utilité publique obtenue. La Haute juridiction, « par une sorte de

⁵⁴⁴Des auteurs considèrent que l'article 906 lui-même a recours à une fiction juridique qu'est la rétroactivité lorsqu'il fait remonter la conception avant le décès. Ils estiment ainsi qu'il appartenait à la Cour de cassation de l'appliquer aux personnes morales à l'instar du Conseil d'État (V. M. PLANIOL et G. RIPERT, *op. cit.*, n° 918, p. 974 ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 4, *Successions, Libéralités*, 5^e éd. par L. LEVENEUR et S. MAZEAUD-LEVENEUR, Paris : Montchrestien, 1999, n° 1420, p. 610).

⁵⁴⁵V. G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil : Les successions et les libéralités*, par P. RAYNAUD, Paris : Sirey, 1983, n° 679, p. 504. Comp. J. FLOUR, *Cours de droit civil : licence 4e année*, Paris : Les Cours de droit, 1963, p. 411.

⁵⁴⁶V. CE, 20 décembre 1854, avis, rapporté par E.-S. MARGUERIE, « Étude sur les libéralités faites aux établissements non reconnus », *Rev. crit. lég. jur.* 1878, p. 516 ; CE, 25 août 1943, avis, n° 232632, rapporté par M. POMEY, *op. cit.*, p. 409.

loi de compensation »⁵⁴⁷, a rapidement retenu la validité d'un tel montage⁵⁴⁸. Un exemple célèbre illustre ce procédé : la constitution de la fondation Goncourt⁵⁴⁹.

Loin de se contenter d'accueillir cette pratique, la Cour de cassation l'a même développée. Elle a découvert de telles fondations dans des testaments prévoyant initialement des fondations directes⁵⁵⁰. Ce faisant, elle impulsa une véritable interprétation dynamique⁵⁵¹, mais divinatoire des testaments⁵⁵². Favorable à la constitution de fondation, la Haute juridiction permettait d'infléchir la solution retenue en matière de fondations directes. Si les fondations testamentaires indirectes sont classiquement analysées comme de véritables libéralités avec charge, il est préférable d'y découvrir une véritable fiducie innommée aux fins de libéralités⁵⁵³.

Une telle démarche est désormais inutile sous l'empire du droit positif.

2. L'état du droit positif

96. La reconnaissance de la fondation directe. N'ayant pas tranché l'opposition entre les deux Hautes juridictions en 1987⁵⁵⁴, le législateur a profité de la loi sur les fondations d'entreprise pour prendre position en faveur de la solution retenue par le Conseil d'État⁵⁵⁵. La loi précise désormais qu'« *un legs peut être fait au profit d'une fondation qui n'existe pas au jour de l'ouverture de la succession* sous la condition qu'elle obtienne, après les formalités de constitution, la reconnaissance d'utilité publique »⁵⁵⁶. Créant une véritable fiction légale⁵⁵⁷, le législateur a prévu que « la personnalité morale de la fondation reconnue d'utilité publique

⁵⁴⁷V. R. CASSIN, *op. cit.*, p. 45.

⁵⁴⁸V. Req., 7 novembre 1859, *D.* 1859, 1, p. 444 ; Civ., 2 mai 1864, *D.* 1864, 1, p. 265 ; Req., 21 juin 1870, *D.* 1871, 1, p. 97 ; Req., 8 avril 1874, *D.* 1876, 1, p. 225 ; Civ., 5 juillet 1886, *D.* 1886, 1, p. 465 ; Req., 6 novembre 1888, *D.* 1889, 1, p. 314 ; Civ., 12 mai 1902, *D.* 1902, 1, p. 425.

⁵⁴⁹V. T. civ. de la Seine, 5 août 1897 ; CA Paris, 1^{er} mars 1900, *S.* 1905, 2, p. 78.

⁵⁵⁰V. Civ., 2 mai 1864, *D.* 1864, 1, p. 264 ; Civ. 1^{re}, 14 mai 1991, n° 90-13.135, *Bull. civ.* I, n° 159.

⁵⁵¹V. R. CASSIN, *op. cit.*, p. 337.

⁵⁵²V. M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1117, p. 101.

⁵⁵³V. *infra*, n° 218.

⁵⁵⁴Pourtant, l'intervention du législateur était réclamée de longue date. Un projet préparé en 1906-1909 par la Société d'Études Législatives proposait déjà la solution finalement retenue (V. L. SEBAG, *La condition juridique des personnes physiques et des personnes morales avant leur naissance*, Paris : Sirey, 1938, p. 312). De même, en 1929, un rapport de la Société d'Études législatives proposait de modifier l'article 906 du Code civil, afin de mettre un terme à la jurisprudence de la Cour de cassation. Présentée au Sénat en 1938, la proposition ne fut jamais adoptée (V. R. CASSIN, *op. cit.*, p. 87, et p. 339 et s.).

⁵⁵⁵L. n° 87-571 du 23 juillet 1987, art. 18-2, créé par L. n° 90-559 du 4 juillet 1990, art. 1^{er}. Cette disposition résulte d'un amendement déposé par la Commission des affaires culturelles au Sénat en première lecture (V. JO Sénat CR 1990, p. 593).

⁵⁵⁶Nous soulignons.

⁵⁵⁷V. F. ZÉNATI-CASTAING et T. REVET, *Successions*, Paris : PUF, 2012, coll. « Droit fondamental. Manuels », n° 60, p. 129.

rétroagit au jour de l'ouverture de la succession »⁵⁵⁸. Une telle solution est dorénavant bien acquise. Elle a récemment été reprise en matière de fonds de dotation⁵⁵⁹, encore que l'intérêt d'un tel mécanisme soit moins certain⁵⁶⁰. En tout état de cause, le recours à la fondation indirecte devrait tomber en désuétude.

97. La mise en place d'une saisine « nouvelle manière ». L'utilité de la fondation testamentaire indirecte par rapport à la fondation testamentaire directe pouvait consister dans la désignation d'une personne de confiance – le légataire – chargée de réaliser les formalités nécessaires à la création de la fondation-personne morale. Il arrive, en effet, que le testateur ne désigne aucun exécuteur testamentaire dans le cadre d'une fondation directe. Afin de pallier la carence du fondateur, le législateur impose à l'autorité administrative de s'y substituer et de désigner une personne morale chargée de réaliser les différentes formalités⁵⁶¹, ce qui n'est pas sans poser des difficultés pratiques⁵⁶².

Par ailleurs, pour permettre aux personnes chargées de réaliser les formalités de constitution, qu'elles aient été désignées par le testateur lui-même ou l'autorité administrative de tutelle, la loi leur confère « la saisine sur les meubles et immeubles légués ». Elle précise que ces personnes disposent sur ces biens d'un simple pouvoir d'administration, sauf disposition leur conférant des pouvoirs plus étendus⁵⁶³. Plusieurs auteurs ont relevé la nature bien particulière

⁵⁵⁸La loi impose, à peine de nullité du legs, que la demande de reconnaissance soit déposée dans l'année suivant l'ouverture de la succession.

⁵⁵⁹L. n° 2008-776 du 4 août 2008, art. 140, IV. En matière de fonds de dotation, la loi impose, à peine de nullité du legs, qu'il acquiert la personnalité juridique dans l'année suivant l'ouverture de la succession. Il existe alors une différence, peu heureuse, entre les deux situations. Alors que pour les fondations, la date butoir vise l'accomplissement d'une formalité administrative, dans le cas des fonds de dotation, elle a trait à la promulgation au journal officiel de la déclaration faite imposant à la personne chargée de créer le fonds comme à l'administration d'être particulièrement diligents.

⁵⁶⁰Compte tenu de la facilité de constitution et du relativement faible montant de la dotation initiale, il est plus logique de constituer un fonds de dotation de son vivant et de l'instituer, dans un second temps, comme légataire de tout ou partie de ses biens.

⁵⁶¹S'il s'agit de constituer une fondation reconnue d'utilité publique, le représentant de l'État dans la région va désigner une autre fondation reconnue d'utilité publique (L. n° 87-571 du 23 juillet 1987, art. 18-2, al. 4). Afin de créer un fonds de dotation, le choix des personnes désignées est plus large puisqu'il peut s'agir d'une fondation reconnue d'utilité publique, d'un fonds de dotation ou d'une association reconnue d'utilité publique (L. n° 2008-776 du 4 août 2008, art. 140, IV, al. 2). Il résulte des travaux parlementaires que le choix du représentant de l'État dans la région par préférence à celui du département a été dicté par des raisons pratiques tenant au faible développement des fondations en France. Ainsi, l'appréciation au niveau de la région doit permettre une meilleure appréciation (V. JO Sénat CR 1990, n° 15, p. 593). En matière de fonds de dotation, la loi ne vise pas l'autorité compétente pour désigner l'organisme chargé de ces formalités. Pour combler cette lacune, il y a lieu d'appliquer la solution retenue en matière de fondation. En tout état de cause, l'autorité administrative pourra, par exemple, désigner la Fondation de France. Forte d'un important savoir-faire en la matière, ses statuts lui reconnaissent la compétence de réaliser les formalités de constitution des fondations reconnues d'utilité publique.

⁵⁶²En pratique, le notaire et le Préfet devront être extrêmement rapides puisque le délai butoir d'un an pour réaliser les formalités de constitution risque d'être facilement dépassé. Il serait opportun de prévoir que l'absence de personne expressément désignée suspende le point de départ du délai au jour de la désignation de la personne chargée de réaliser les formalités de constitution.

⁵⁶³Ce qui permet également de pallier les risques d'absence ou de mauvaise gestion par les héritiers saisis du patrimoine affecté.

d'une telle saisine au point de critiquer le recours à cette institution⁵⁶⁴. Ils ont ainsi mis en exergue les difficultés pratiques auxquelles elle conduit⁵⁶⁵. Elle apparaît alors comme une saisine « nouvelle manière »⁵⁶⁶, entre l'ancienne saisine de l'exécuteur testamentaire et celle classique reconnue aux héritiers venant en rang utile⁵⁶⁷. Elle est plus large que la première puisqu'elle s'étend aux biens immobiliers légués, mais moins large que la seconde.

98. De la saisine à l'exécution testamentaire renforcée. Au-delà des critiques qui ont pu lui être adressées, cette saisine emprunte, sans aucun doute, l'esprit de celle dévolue antérieurement par la loi à l'exécuteur testamentaire⁵⁶⁸. Déjà en 1939, un auteur relevait que la personne chargée de réaliser les formalités de constitution d'une fondation le faisait « ès qualités d'exécuteur testamentaire »⁵⁶⁹. La personne désignée jouit de la saisine dans le seul but de réaliser les volontés du *de cuius*. Son octroi est finalisé par la loi, son but est de permettre la réalisation des formalités de constitution au même titre qu'un exécuteur testamentaire accomplit des actes matériels⁵⁷⁰. À cet égard, le saisi peut faire l'inventaire des différents biens composant la dotation⁵⁷¹. La loi de 1990 n'a fait qu'offrir la possibilité à

⁵⁶⁴V. G.-A. DAUBLON, « Remarques sur les fondations », *Defrénois* 1996, art. 36297, n° 8. Si l'auteur considère que la position prise en matière de gestion des biens est heureuse, le recours à la saisine est contestable. *Adde* J. BERNARD de SAINT-AFFRIQUE, « Fondations et libéralités : problèmes actuels », *Defrénois* 1997, art. 36646, n° 35 ; CE, *Rendre plus attractif le droit des fondations*, Paris : la Documentation française, 1997, coll. « Les études du Conseil d'État », p. 45.

⁵⁶⁵Il est alors possible de s'interroger, avec ces auteurs, sur la portée de la saisine introduite par la loi de 1990. Doit-elle écarter les règles classiques du Code civil en matière de délivrance de legs et d'envoi en possession ? Seuls les successibles non saisis doivent, en effet, demander la délivrance de leurs legs aux héritiers saisis ou l'envoi en possession au juge judiciaire (V. F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Droit civil : Les successions, les libéralités*, 4^e éd., Paris : Dalloz, 2014, coll. « Précis. Droit privé », nos 788 et s., p. 706 et s.).

⁵⁶⁶V. J. BERNARD de SAINT-AFFRIQUE, art. précité, n° 35.

⁵⁶⁷Sous l'empire du droit antérieur, l'exécuteur testamentaire saisi ne pouvait gérer que les biens meubles (C. civ., art. 1026, al. 1^{er}, anc.) La jurisprudence avait atténué cette rigueur en l'absence d'héritiers réservataires (V. M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1483, p. 374). Celle-ci a été consacrée par la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 (C. civ., art. 1030-1).

⁵⁶⁸V. R. CRÔNE, « La constitution des fondations reconnues d'utilité publique », *LPA* 1996, n° 50, p. 81 et s., n° 18 ; V. GUEDJ, *op. cit.*, n° 306, p. 210. *Adde* implicitement F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *Droit civil : Les successions, les libéralités*, 3^e éd., Paris : Dalloz, 1997, coll. « Précis. Droit privé », n° 677 p. 566, et sa note n° 7 (non repris dans la dernière édition). Dans le cadre des conflits entre les exécuteurs testamentaires et les héritiers, les auteurs visent l'hypothèse de la personne saisie afin de réaliser les formalités d'une fondation reconnue d'utilité publique.

⁵⁶⁹V. R. CASSIN, *op. cit.*, p. 176.

⁵⁷⁰À la différence du mandat ordinaire portant sur l'accomplissement d'actes juridiques, l'objet du mandat conféré à l'exécuteur testamentaire est le plus souvent d'accomplir des actes matériels (V. M. GRIMALDI, « Les libéralités ordinaires : les testaments : Règles de fond des testaments : contenu du testament » in M. GRIMALDI (dir.), *Droit patrimonial de la famille*, 5^e éd., Paris : Dalloz, 2014, coll. « Dalloz Action », n° 323.132, p. 957).

⁵⁷¹C'est la seule utilité de ce mécanisme, outre l'éventuelle protection des biens contre le recel des héritiers. Cette disposition n'a fait l'objet d'aucun débat ni au Sénat, ni à l'Assemblée nationale (V. JO Sénat CR 1990, n° 15, p. 593 ; JO AN CR 1990, n° 31, p. 1695). Quant aux rapports parlementaires, ils sont silencieux sur la finalité de l'institution créée, à ceci près que le rapporteur à l'Assemblée nationale s'interroge sur les risques de contentieux consécutif à un tel mécanisme (V. Rapp. Sénat 1989-1990, n° 213, p. 33 ; Rapp. AN 1989-1990, n° 1368, p. 40).

l'autorité administrative de tutelle de procéder à la désignation d'un exécuteur testamentaire au lieu et place du disposant⁵⁷².

Ainsi, le législateur aurait été bien avisé de modifier cette dénomination. Il en avait l'occasion lors de la réforme opérée par la loi du 23 juin 2006 qui a supprimé la référence à la saisine en matière d'exécution testamentaire et l'a remplacé par une exécution testamentaire renforcée⁵⁷³. Désormais, au sens du droit des successions, seuls les héritiers *ab intestat*, auxquels peut être assimilé le légataire universel⁵⁷⁴, jouissent de la saisine. Surtout, il est curieux que le législateur de 2008 ait servilement recopié la disposition de 1990 en matière de fonds de dotation. Il s'agit, en réalité, d'une *exécution renforcée spéciale*. Cette exécution renforcée est spéciale car elle diffère de l'exécution testamentaire du Code civil. Elle s'en distingue tant par sa durée que par l'étendue de ses pouvoirs⁵⁷⁵. Pour le reste, son régime doit s'appliquer⁵⁷⁶. En cela, une telle mission est compatible avec la saisine des successibles⁵⁷⁷, bien qu'elle y porte nécessairement atteinte⁵⁷⁸.

Finalement, la fondation, lorsqu'elle vise à constituer une personne morale nouvelle est source de nombreuses difficultés. Réalisée entre vifs, elle oblige à un dépouillement important de la part du disposant afin de constituer une dotation initiale susceptible de convenir aux exigences du Conseil d'État. Constituée à cause de mort, la fondation pourrait bien ne jamais aboutir. Aussi, est-il plus aisé de fonder sans constituer une personne morale, c'est-à-dire de destiner la dotation à une personne morale préexistante. Dans ce cas, l'œuvre initiée n'est pas personnifiée.

⁵⁷²Comp. V. GUEJD, *op. cit.*, n° 563, p. 328.

⁵⁷³La distinction entre exécution ordinaire et renforcée ne résulte pas des textes. Elle est doctrinale. Sur celle-ci, V. M. GRIMALDI, « Les libéralités ordinaires : les testaments (...) », *op. cit.*, n° 323.142, p. 921.

⁵⁷⁴En l'absence d'héritiers réservataires (C. civ., art. 1006).

⁵⁷⁵Elle n'est pas limitée par le délai de deux ans de l'article 1032 du Code civil et les biens immeubles entreront dans le champ de ses pouvoirs nonobstant la présence ou non d'héritiers réservataires (C. civ., art. 1030-1). Pour cette raison, un auteur préfère voir dans cette personne un « administrateur de bien » (V. GUEJD, *op. cit.*, n° 570, p. 331).

⁵⁷⁶En ce sens, la personne désignée est considérée comme le mandataire du testateur ayant pour seule mission d'exécuter le legs portant fondation directe. Il convient alors d'admettre que l'exécuteur désigné pour réaliser la fondation peut appréhender les biens. Telle serait la solution en matière d'exécution testamentaire renforcée (V. M. GRIMALDI, « Les libéralités ordinaires : les testaments (...) », *op. cit.*, n° 323.153, p. 959). L'exécuteur ne serait qu'un détenteur (V. F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *op. cit.*, n° 470, p. 431). En sens contraire, il est défendu que l'exécuteur testamentaire, désigné par un testament non authentique, doive obtenir l'envoi en possession. (V. C. JUBAULT, *Droit civil : les successions, Les libéralités*, 2^e éd., Paris : Monschrestien-Lextenso éd., 2010, coll. « Domat. Droit privé », n° 733, p. 506).

⁵⁷⁷V. V. GUEJD, *op. cit.*, n° 306, p. 209.

⁵⁷⁸V. F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, S. GAUDEMET, *op. cit.*, n° 818, p. 736.

§2. La fondation avec recours à une personne morale préexistante : une œuvre non personnifiée

99. Une charge de créer une œuvre nouvelle. La question des fondations avec recours à une personne morale préexistante donne lieu à peu de littérature. À l'instar de l'acte de fondation en vue de créer une nouvelle personne, cette seconde catégorie de fondation repose sur une libéralité avec charge⁵⁷⁹. Il est donc logique que les auteurs se bornent à renvoyer leur étude aux règles régissant ces dernières et à celles adressées à des personnes morales en général⁵⁸⁰. Ainsi, les problèmes liés à la capacité de recevoir de la personne morale ou les difficultés attachées aux charges sont communs. Ces différentes questions seront abordées ultérieurement⁵⁸¹. À ce stade, il convient de réaliser une rapide présentation du mécanisme. Bien que les règles régissant ces différentes catégories de libéralités à caractère collectif soient similaires, il convient de comprendre la spécificité des fondations avec recours à une personne morale préexistante. À la différence des libéralités aux personnes morales ordinaires, l'œuvre imposée au groupement se distingue des activités qu'il initie. En ce sens, un auteur a relevé que le fondateur imposait deux obligations distinctes à la personne morale : employer les biens tant à la création qu'au fonctionnement de l'œuvre⁵⁸². En d'autres termes, la libéralité n'augmente pas les ressources de la personne morale, mais lui impose de nouvelles activités.

Ainsi, la principale difficulté ayant retenu l'attention de la doctrine est celle de la nature éventuellement onéreuse de l'opération. Cette question a fait l'objet de nombreuses études⁵⁸³. Il est généralement soutenu que lorsque la charge respecte la spécialité de la personne morale, c'est-à-dire qu'elle est conforme à ses attributions, alors il convient de retenir l'existence d'un acte à titre gratuit. Au contraire, quand la charge ne respecte pas ce principe, l'acte serait à titre onéreux dans la mesure où la personne morale préexistante concéderait un sacrifice⁵⁸⁴. Une telle proposition repose sur l'idée suivante : une charge imposée dans l'intérêt du gratifié

⁵⁷⁹Une telle approche a récemment été contestée. V. *infra*, n° 213.

⁵⁸⁰V. G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil : Les successions et les libéralités*, par P. RAYNAUD, Paris : Sirey, 1983, 3, n° 680, p. 504 ; A. SÉRIAUX, *Successions et libéralités*, Paris : Ellipses, 2012, coll. « Université. Droit : manuel », n° 36, p. 62 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *op. cit.*, n° 672, p. 594.

⁵⁸¹V. *infra*, n°s 239. et s. (capacité), et n°s 408. et s. (révision des charges).

⁵⁸²V. H. SOULEAU, *L'acte de fondation en droit français*, thèse de doctorat en droit, Paris : Université de Paris, 1969, n° 36, p. 70.

⁵⁸³V. *ibidem*, n°s 59 et s., p. 113 et s. *Adde* V. GUEJ, *op. cit.*, n°s 50 et s., p. 46 et s. Comp. J.-J. DUPEYROUX, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, préf. J. MAURY, Paris : LGDJ, 1955, n°s 127 et s., p. 140 et s.

⁵⁸⁴*Contra* A. WAHL, note ss Civ., 28 octobre 1895, *S.* 1897, 1, p. 289 ; M. de VAREILLES-SOMMIÈRES, *Les personnes morales*, Paris : E. Pichon, 1902, n° 1428, p. 608. Pour un autre auteur l'acte est toujours libéral encore qu'il défende l'idée que la fondation est un contrat *sui generis* (V. H. TRUCHY, *Des fondations*, Paris : impr. de H. Jouve, 1888, p. 331 et s.).

ne saurait disqualifier l'acte en titre onéreux et cela nonobstant son montant, c'est-à-dire même si la charge revient à atteindre l'intégralité de l'émolument. Cette thèse a déjà été rencontrée au stade de l'étude de la nature intéressée des libéralités avec charge⁵⁸⁵. Pour mémoire, elle a été soutenue par PLANIOL et repose sur le postulat que la charge augmente la « puissance d'action » du gratifié de sorte qu'il en ressortirait nécessairement enrichi⁵⁸⁶. Cette idée a été reprise depuis et n'est pas contestée⁵⁸⁷.

Pourtant, elle repose sur un postulat erroné selon lequel il pourrait être imposé à une personne morale une charge incompatible avec sa spécialité. Le principe de spécialité s'oppose à une telle affirmation⁵⁸⁸ : une personne morale préexistante ne saurait accepter une fondation étrangère à sa spécialité, sauf à modifier son objet social⁵⁸⁹. La distinction opérée par la doctrine ne peut se rencontrer⁵⁹⁰. La fondation avec recours à une personne morale préexistante est toujours un acte à titre gratuit.

En conclusion, si la dotation adressée à la personne morale lui impose de créer une nouvelle œuvre, celle-ci doit nécessairement entrer dans son objet social. La personne morale doit être à cet égard vigilante et vérifier que la dotation permet le fonctionnement des nouvelles activités qui lui sont imposées. En pratique, il n'est pas rare que la personne morale finisse par s'approprier la nouvelle œuvre et y consacre ses propres ressources⁵⁹¹.

Partant, il apparaît déjà que la fondation avec recours à une personne morale préexistante et la fondation abritée sont deux mécanismes à la fois proches et éloignés. Il s'agit, en réalité, d'une hypothèse intermédiaire entre la fondation avec création d'une nouvelle personne morale et la fondation adressée à une personne morale préexistante.

⁵⁸⁵V. *supra*, n° 30.

⁵⁸⁶V. M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 3, *Régimes matrimoniaux ; successions ; donations et testaments*, 6^e éd., Paris : F. Pichon et Durand-Auzias, 1913, n° 3012, p. 774.

⁵⁸⁷V. M. GRIMALDI, *Droit civil : Libéralités, partages d'ascendants*, *op. cit.*, n° 1200, p. 139 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *op. cit.*, n° 349, p. 326.

⁵⁸⁸V. *infra*, n° 320.

⁵⁸⁹V. *infra*, n° 316.

⁵⁹⁰Sauf à soutenir que la personne morale doit respecter sa spécialité dans le seul cadre des actes à titre gratuit et non lorsque l'acte est à titre onéreux, ce qui serait contestable. Comp. C. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, préf. D. SCHMIDT, Paris : Economica, 1981, n° 91, p. 82.

⁵⁹¹Soit l'exemple d'une libéralité adressée à une commune à charge pour elle de créer une bibliothèque ou un théâtre portant le nom du bienfaiteur. Un tel acte s'analyse en une fondation avec recours à une personne morale préexistante. Dans bien des cas, au bout d'un certain temps la dotation ne suffit plus pour assurer le fonctionnement de l'œuvre. La collectivité peut évidemment demander la révision des charges (V. *infra*, n° 408. et s.), mais, le plus souvent, elle affecte ses propres ressources au maintien de l'activité. Ainsi, il arrive qu'une fondation avec recours à une collectivité territoriale conduise à la création d'un établissement public local. Pour une illustration, V. J.-M. PONTIER, « Une « fondation » peut être un établissement public », *AJDA* 2012, p. 1908 et s.

§3. La fondation abritée : une catégorie intermédiaire

100. Émergence et définition des fondations abritées. La possibilité de créer des fondations abritées, autrement appelées fondations sous égide ou fondations hébergées, résulte de l'article 20 de la loi du 23 juillet 1987⁵⁹². Aux termes de ce texte :

peut également être dénommé fondation, *l'affectation irrévocable*, en vue de la réalisation d'une œuvre d'intérêt général et à but non lucratif, de biens, droits ou ressources à une *fondation reconnue d'utilité publique* dont les statuts ont été approuvés à ce titre, dès lors que ces biens, droits ou ressources sont *gérés directement par la fondation affectataire, et sans que soit créée à cette fin une personne morale distincte*⁵⁹³.

Ce faisant, le législateur a consacré la pratique de la Fondation de France et de l'Institut de France⁵⁹⁴.

La loi est donc venue poser les traits caractéristiques des fondations abritées. Ils sont au nombre de trois. D'abord, la masse de biens – désignée par le terme fondation – ne jouit pas de la personnalité juridique⁵⁹⁵. Ensuite, la dotation ainsi créée est transmise à la fondation affectataire qui la gère directement. Enfin, seules les fondations ayant été autorisées par les pouvoirs publics peuvent héberger des fondations sous égide⁵⁹⁶. Le Conseil d'État parle alors de véritable « habilitation » à être une fondation affectataire, subordonnée à un contrôle de la

⁵⁹²L. n° 87-571 du 23 juillet 1987. Cette possibilité a été introduite par l'article 6 de la loi n° 90-559 du 4 juillet 1990 à la suite d'un amendement, non débattu sur ce point, déposé au Sénat par la Commission des affaires culturelles (V. JO Sénat CR 1990, n° 15, p. 600). Certains praticiens prétendent que la source légale consacrant les fondations doit être trouvée dans l'article 5 de la loi n° 87-571 du 23 juillet 1987 (V. notamment N.-F. ALPI, *J.-Cl. civil annexe, v° Fondations*, fasc. 20 : « Fondations – Fondations d'entreprise – Fondations abritées (exemple d'accueil de la Fondation de France) », n° 82 ; R. CRÔNE, art. précité, n° 50, p. 81 et s., n° 21). Selon l'alinéa 2 de cet article « les établissements d'utilité publique autorisés à recevoir des versements pour le compte d'œuvres ou d'organisme mentionnés au 1 de l'article 238 *bis* du code général des impôts [...], ainsi que les œuvres ou organismes qui reçoivent des versements par l'intermédiaire de ces établissements, doivent établir des comptes annuels selon les principes définis au code de commerce ». Or, cette disposition vise à créer un pôle de mécénat autour des *comptes d'association* afin de permettre aux bienfaiteurs, qui donnaient à des associations d'intérêt général non reconnues d'utilité publique, de bénéficier des mêmes déductions fiscales que s'ils avaient donné à une association ayant ce statut. A cette époque, le taux des avantages fiscaux variait selon le statut du groupement (V. *infra*, n° 190. et s.). Comp. Rapp. Sénat 1989-1990, n° 213, p. 26, qui établit un lien entre l'article 5 et les fondations sous égide.

⁵⁹³Nous soulignons.

⁵⁹⁴L'Institut de France a été reconnu comme personne morale de droit public à statut particulier par la loi n° 2006-450 du 18 avril 2006 (art 35). Déjà avant cette loi, V. CE, 25 octobre 1988, avis n° 344735, *in CE, Études et documents : rapport public 1988*, Paris : la Documentation française, 1989, coll. « ECDE », n° 40, p. 296, retenant l'existence d'un établissement public à statut législatif et réglementaire particulier au sens de la loi du 3 brumaire an IV.

⁵⁹⁵À cet égard, il convient de relever la singularité de la fondation de coopération scientifique. Elle peut être constituée sous la forme d'une fondation abritée auprès d'une fondation reconnue d'utilité publique, étant précisé que la fondation « ainsi créée est une personne morale distincte liée par convention à la fondation affectataire » (C. rech, art. L. 344-16).

⁵⁹⁶Plus précisément, l'article 20 énonce que seules les fondations dont les statuts les y autorisent pourront avoir cette qualité. Or, les statuts originaires d'une fondation reconnue d'utilité publique et leurs modifications successives sont soumis à l'autorisation de l'autorité de tutelle (V. *infra*, n° 257.).

spécialité, de la solidité financière, de la capacité de gestion et l'expérience de la fondation⁵⁹⁷. Initialement, seules les fondations reconnues d'utilité publique pouvaient jouir du statut de fondation *abritante*, *hébergeante* ou *affectataire*⁵⁹⁸, exception faite de l'Institut de France⁵⁹⁹. Depuis, la possibilité d'abriter des fondations a été reconnue expressément aux fondations partenariales⁶⁰⁰, implicitement aux fondations hospitalières, aux fondations de coopérations scientifiques⁶⁰¹ ainsi qu'aux établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel ou de coopération scientifique qui peuvent créer en leur sein une fondation abritée spéciale : la fondation universitaire⁶⁰².

101. Qualification. La principale caractéristique de la fondation abritée est donc de revêtir les habits de la fondation avec recours à une personne morale préexistante, à ceci près que le choix de cette personne morale n'est pas libre. En aucun cas, le but de cette fondation ne peut être la création d'une nouvelle personne. Il s'agit d'une véritable affectation « sans personnification »⁶⁰³. Pourtant, à s'attarder sur la définition de la fondation sous égide donnée par la pratique, cette présentation perd de sa clarté. Revenir à celle-ci est important. La fondation hébergée est une création des praticiens que le législateur s'est borné à consacrer sans trop s'y attarder. Selon ces derniers, les fondations sous égide, également appelées « fonds », seraient des « entité[s] individualisée[s] créée[s] par un ou plusieurs fondateurs au sein [d'une] fondation] »⁶⁰⁴. Finalement, la fondation abritée a tout d'un groupement qui cache son nom. L'examen du droit positif consolide ce point de vue. En réalité, la fondation abritée est une situation intermédiaire entre les deux figures classiques des fondations précédemment rencontrées. D'un côté, l'acte de dotation est adressé à une personne morale préexistante. D'un autre côté, cet acte a pour but la création d'un nouveau groupement au sein de cette personne morale.

⁵⁹⁷CE, *Rendre plus attractif le droit des fondations*, Paris : la Documentation française, 1997, coll. « Les études du Conseil d'État », p. 131. Dans ce rapport, le Conseil d'État propose même la création de statuts-types prévoyant cette possibilité.

⁵⁹⁸Dont la Fondation du patrimoine (C. patr., art. L. 143-9).

⁵⁹⁹V. CE, 25 octobre 1988, avis n° 344735, *in* CE, *Rapport public 1988*, *op. cit.*, p. 296, confirmant que les libéralités adressées à l'Institut de France pouvaient prendre le nom de fondation.

⁶⁰⁰C. éduc., art. L. 719-3, al. 3.

⁶⁰¹C. santé publ., art. L. 6141-7-3 (fondations hospitalières) ; C. rech., art. L. 344-11 (fondations de coopération scientifique). Ces deux textes renvoient au régime des fondations reconnues d'utilité publique.

⁶⁰²C. éduc., art. L. 719-1.

⁶⁰³V. E. BREEN, *J.-Cl. administratif*, fasc. 165 : « Fondations », n° 11.

⁶⁰⁴V. Conditions générales de création et de fonctionnement des fonds au sein de la Fondation de France, p. 1 (Annexe 5).

En d'autres termes, la fondation abritée repose sur un certain artifice : une charge de créer une œuvre non personnifiée (A) qui dissimule la création d'un groupement de biens non personnifié (B).

A. Une charge de créer une œuvre non personnifiée

102. Une charge de créer une entité individualisée. Au sens de l'article 18 de la loi du 23 juillet 1987, la fondation abritée repose sur un acte de fondation adressée à une personne morale préexistante. L'acte de fonder n'est qu'une simple libéralité avec charge⁶⁰⁵. La personne morale préexistante est alors chargée de développer l'activité souhaitée par le fondateur en créant une entité individualisée⁶⁰⁶, un fonds⁶⁰⁷, en son sein. En pratique, le respect de la charge grevant l'acte de fondation se résout matériellement par la *création d'un simple compte comptable analytique* « qui enregistre l'actif net de la libéralité [...] et traduira les recettes et les dépenses du fonds »⁶⁰⁸. Si elles se rapprochent des fondations avec recours à une personne morale préexistante, de telles fondations n'en sont pas moins distinctes. Certes, les activités initiées par le fondateur doivent respecter l'objet social de la personne affectataire ; pour autant, celle-ci ne fera jamais sienne ces activités. Il existe une véritable frontière entre les activités de cette dernière et celles initiées par les fondateurs d'une fondation hébergée. Pour le dire autrement, la personne abritante n'affectera pas ses propres ressources à la réalisation de la mission de la fondation abritée, qu'elles proviennent des revenus de sa dotation ou du produit des libéralités reçues.

Finalement, plutôt que de créer une œuvre non personnifiée, la fondation abritée a pour but la création d'un groupement non personnifié.

⁶⁰⁵V. M. POMEY, *Traité des fondations d'utilité publique*, Paris : PUF, 1980, p. 221 ; M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1716, p. 528. *Adde* Rapp. Sénat 1989-1990, n° 213, p. 26, qui présente le mécanisme comme reposant sur une libéralité avec charge.

⁶⁰⁶Cette expression est consacrée en matière de fondations universitaires (C. éduc., art. L. 719-12).

⁶⁰⁷Terme préféré par les praticiens à celui de fondation.

⁶⁰⁸V. Conditions générales précitées, art. 8 (Annexe 5).

B. Une charge de créer un groupement de biens non personnifié

Au-delà des apparences, il apparaît assez nettement que les fondations abritées constituent de véritables groupements auxquels le législateur a refusé la personnalité juridique. Sous couvert de stipuler une charge de créer une œuvre non personnifiée, le fondateur souhaite la création d'un nouveau groupement. Il arrive même que la fondation abritée soit une simple étape avant la création d'une fondation reconnue d'utilité publique⁶⁰⁹. La fondation sous égide va alors s'émanciper de la personne hébergeante. Le but, au sens de l'article 18 de la loi du 23 juillet 1987, de la fondation abritée est donc de créer un groupement de biens à part entière. C'est la finalité développée par la pratique qui l'emporte. Le législateur n'est pas en reste. Il l'a consacré à plusieurs reprises.

La fondation abritée tend à la création d'un groupement de biens. Ce but a été conçu par la pratique (1). Il a depuis été consacré par le législateur (2).

1. Un but conçu par la pratique

103. Des fondations abritées calquées sur les fondations reconnues d'utilité publique.

En pratique, la création d'une fondation sous égide est régie par la liberté contractuelle⁶¹⁰. Une convention est conclue entre la fondation abritante et les fondateurs en cas de fondation entre vifs. Celle-ci précise « les caractéristiques particulières » de la fondation⁶¹¹. En matière de fondation pour cause de mort, il appartient au testateur de prévoir les différentes modalités de fonctionnement de la fondation dans son testament⁶¹². À cet égard, la convention ou le testament vont prévoir la dénomination de la fondation sous égide qui peut alors prendre le nom de son fondateur. Plus surprenant, certaines conventions types prévoient la fixation du siège de la fondation sous égide au siège de la fondation abritante⁶¹³. D'autres stipulations visent encore les règles dites de « gouvernance » de la fondation⁶¹⁴. Ainsi, un véritable « comité exécutif »⁶¹⁵, autrement appelé « comité délibératif »⁶¹⁶, peut être constitué dans lequel vont siéger les « administrateurs » de la fondation sous égide exerçant leurs fonctions à

⁶⁰⁹V. *infra*, n° 262.

⁶¹⁰Encore que la liberté contractuelle est largement dominée par l'établissement abritant qui propose bien souvent des conditions générales qui vont s'imposer aux fondateurs.

⁶¹¹V. Conditions générales précitées, art. 4 (Annexe 5).

⁶¹²Ces modalités devront respecter les conditions générales de l'établissement abritant, faute de quoi le legs risque d'être refusé par celui-ci.

⁶¹³V. Conditions générales précitées, art. 1^{er} (Annexe 5).

⁶¹⁴V. *ibidem*, art. 11.

⁶¹⁵Nom donné au conseil d'administration de la fondation sous égide au sein de la Fondation de France, voire un simple « cercle amical » si le conseil ne regroupe que les fondateurs et les membres de leur famille.

⁶¹⁶Nom donné au conseil d'administration de la fondation sous égide au sein de l'Institut de France.

titre bénévole. Ce comité peut réunir à la fois des représentants des fondateurs, et le cas échéant, des représentants de l'établissement abritant ainsi que des personnalités extérieures qualifiées⁶¹⁷. La ressemblance entre ces règles de gouvernance et celles imposées par le Conseil d'État dans ses statuts-types⁶¹⁸ est criante. De telles mentions consacrent incidemment l'existence d'un groupement qui, s'il peut certes constituer une composante d'un groupement plus important que serait la fondation abritante, ne saurait se réduire à un simple compte individualisé. La similitude de son organisation avec une véritable fondation pourvue de la personnalité juridique est troublante.

Au-delà des règles spécifiques de gouvernance, les références à la « dotation » de la fondation abritée, ainsi qu'aux ressources de celles-ci font largement écho à la dotation des fondations reconnues d'utilité publique⁶¹⁹. Une différence importante mérite, toutefois, d'être relevée. La pratique semble admettre qu'il puisse exister des fondations abritées de flux, c'est-à-dire sans dotation initiale⁶²⁰. S'il est possible d'y voir la preuve supplémentaire d'une assimilation de la fondation sous égide à la fondation-groupement, une telle pratique doit être condamnée. Faute d'acte d'affectation, il ne s'agit pas d'une fondation au sens de la loi⁶²¹.

Tout est fait en pratique comme si la fondation abritée était une véritable fondation titulaire d'un patrimoine qui lui est propre. Les règles édictées en matière de fondations-personnes morales leur sont appliquées autant que l'absence de personnalité juridique le rend possible. La pratique contribue à créer l'apparence de l'existence d'un groupement de biens. De son côté, le législateur ne contredit pas ce sentiment. Au contraire, il consacre une telle apparence.

2. *Un but consacré par le législateur*

104. L'appellation « fondation » reconnue aux fondations sous égide. Il a été montré qu'une seule disposition législative reconnaît expressément l'existence des fondations sous égide. Le législateur de 1990 l'a curieusement introduite au sein de l'article 20 de la loi du

⁶¹⁷Si au sein de l'Institut de France, par principe, les administrateurs sont les membres de l'Institut auxquels peuvent être associés les fondateurs ou des personnes qualifiées choisies par eux ; au sein de la Fondation de France, les rôles d'administrateurs sont, avant tout, dévolus aux fondateurs ou à leurs représentants.

⁶¹⁸V. Statuts-types, art. 3 et 6 (Annexe 3).

⁶¹⁹V. Conditions générales précitées, art. 7 (Annexe 5), intitulées « dotations et ressources » du fonds. De la même manière, son art. 11 stipule que les administrateurs décident de l'affectation de la dotation et des ressources du fonds.

⁶²⁰V. Conditions générales précitées, art. 6 (Annexe 5). *Adde* N. RAIMON, « Fondation et fonds de dotation : enfant d'une même famille ? », *Actes prat. et stratég. patrim.* 2009, n° 2, p. 8 et s., n° 25.

⁶²¹V. *supra*, n° 86.

23 juillet 1987⁶²². Ce texte a pour objet de protéger l'appellation « fondation » et d'interdire, sous peine d'une sanction pénale, son utilisation par les organisations ne répondant pas aux exigences légales⁶²³. Cette protection vise tant les fondations reconnues d'utilité publique que les fondations d'entreprise. *Le lien entre l'appellation « fondation » et l'existence d'une personne morale est alors clairement affirmé*. L'article 20 s'intéresse à la seconde acception du terme fondation, celle qui la rattache à la personne morale⁶²⁴. En aucun cas, cette disposition ne tend à revenir sur la première acception de la fondation, c'est-à-dire sur l'acte juridique dont le siège se trouve à l'article 18⁶²⁵.

En d'autres termes, le législateur de 1990, en étendant le bénéfice de cette appellation aux fondations sous égide, consacre implicitement la pratique et reconnaît l'existence de véritables groupements de biens qui taisent leur nom⁶²⁶. L'étude des travaux préparatoires à l'examen de cette loi confirme ce sentiment. Elle révèle que les parlementaires retiennent une logique sociétaire en la matière lorsqu'ils visent les « fondations filiales » et les « fondations mères »⁶²⁷.

105. La création de la fondation universitaire. Au-delà de cette reconnaissance implicite, le législateur a récemment créé une catégorie spéciale de fondation abritée conçue comme un véritable groupement. Dans le but de développer le mécénat en faveur des universités⁶²⁸, la fondation universitaire a été créée par la loi du 10 août 2007⁶²⁹. Régie par le Code de l'éducation⁶³⁰, elle est dépourvue de la personnalité morale⁶³¹. Pourtant, ces fondations disposent de l'autonomie financière. Surtout, le fonctionnement de ces fondations est régi tant par les règles relatives aux fondations reconnues d'utilité publique, que par un décret d'application, auquel le législateur renvoie la compétence de préciser « notamment la composition de leur conseil de gestion, [et] la place au sein de celui-ci du collège des fondateurs »⁶³². Or, le décret se borne à reprendre les règles de fonctionnement des fondations

⁶²²L. n° 90-559 du 4 juillet 1990, art. 6.

⁶²³V. JO CR Sénat 1987, n° 30, p. 1356. Une amende de 3 750 € est prévue (L. n° 87-571 du 23 juillet 1987, art. 20, al. 3).

⁶²⁴V. *supra*, n° 83.

⁶²⁵V. *supra*, n° 81.

⁶²⁶À cet égard, le Conseil d'État considère qu'il conviendrait de revenir sur cette disposition tant la dénomination fondation ne peut être reconnue qu'en présence d'une personne morale, sans quoi cela revient à « enleve[r] une grande partie de son intérêt à la protection qu'il institue en principe ». V. CE, *Rendre plus attractif le droit des fondations*, *op. cit.*, p. 131.

⁶²⁷V. Rapp. Sénat 1989-1990, n° 213, p. 16.

⁶²⁸V. Rapp. Sénat 2006-2007, n° 372, p. 118.

⁶²⁹L. n° 2007-1199 du 10 août 2007.

⁶³⁰C. éduc, art. L. 719-12.

⁶³¹Si elles ne sont pas dotées de la personnalité morale, ce serait simplement pour limiter les coûts de structure. V. Rapp. Sénat 2006-2007, n° 372, p. 47.

⁶³²Il est admis que des règles particulières soient fixées par les statuts de la fondation ainsi créée.

reconnues d'utilité publique posées par les statuts-types⁶³³. Ce faisant, le législateur consacre pleinement que la fondation abritée est un groupement de biens non personnifié.

106. Conclusion du Chapitre. Lorsqu'un bienfaiteur souhaite créer une nouvelle œuvre, qu'il voudra initier de nouvelles activités, c'est-à-dire quand il voudra fonder, il aura finalement le choix entre trois voies : créer un établissement nouveau dévolu à cette cause, charger une personne existante de réaliser cette mission ou créer un groupement non personnifié au sein d'une personne préexistante à cette fin.

Plus simplement, le mécène peut se contenter de soutenir une activité déjà initiée par une personne morale. Dans ce cas, il a recours une libéralité-participation.

⁶³³D. n° 2008-326 du 7 avril 2008. À titre d'illustration, les fondations universitaires sont administrées par un conseil de gestion se composant de trois collèges, à savoir celui des représentants de l'établissement abritant, celui des représentants des fondateurs et des personnalités. De la même manière, au rang des ressources annuelles de la fondation universitaire, se trouvent les revenus de la dotation.

Chapitre II. La libéralité-participation : le soutien à une œuvre préexistante

107. La notion de libéralité-participation. Les fondations ne sont pas les seules libéralités à caractère collectif. Si le bienfaiteur, personne physique ou morale, peut être à l'initiative d'une œuvre, c'est-à-dire d'une fondation, il est plus courant qu'il se borne à s'associer à une œuvre déjà existante. Son soutien permet au groupement de poursuivre ses propres activités. Le disposant a alors recours à une *libéralité-participation*. Il s'agit d'une libéralité à une personne morale de droit commun selon la distinction retenue par les auteurs⁶³⁴. Les développements qui lui sont consacrés sont maigres. En règle générale, seul le régime de ces dernières est étudié. Pourtant, la notion même de libéralité-participation mérite doublement d'être approfondie : les mécanismes composant cette catégorie, dont certains sont récents, sont eux aussi marqués par une profonde diversité et il est difficile de cerner précisément les frontières de la catégorie.

108. La diversité des mécanismes. Les libéralités-participation reposent, d'une part, sur des institutions plurielles. Le plus souvent, le disposant est sollicité par le bénéficiaire. De nombreuses études ont montré que les dons et legs constituent une part importante des ressources des groupements à but non lucratif⁶³⁵. Il est donc logique que les différents groupements tentent autant que possible de développer ces ressources. Pour ce faire, ils vont partir en quête de nouveaux bienfaiteurs en procédant à des appels au soutien du public que ce soit par la voie de *quête publique* ou en procédant à de véritables *appels du public à la générosité*, c'est-à-dire à des *souscriptions publiques*. De surcroît, la notion est suffisamment large pour intégrer le *financement participatif* qui tend à se développer et qui permet à des porteurs de projets de les faire financer par les internautes. Le plus souvent, ces différentes sollicitations permettent la réalisation d'œuvres déjà initiées⁶³⁶. Ainsi, le disposant gratifie le

⁶³⁴V. M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 5, *Donations et testaments*, 2^e éd., par A. TRASBOT et Y. LOUSSOUARN, Paris : LGDJ, 1957, n^{os} 862 et s., p. 1103 et s. ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Droit civil : Les successions, les libéralités*, 4^e éd., Paris : Dalloz, 2014, coll. « Précis. Droit privé », n^{os} 659 et s., p. 584 et s. ; J.-P. MARGUÉNAUD et B. DAUCHEZ, « Les libéralités à caractère collectif », in M. GRIMALDI (dir.), *Droit patrimonial de la famille*, 5^e éd., Paris : Dalloz, 2014, coll. « Dalloz Action », n^{os} 36 et s., p. 1103 et s.

⁶³⁵V. TCHERNONOG, *Le paysage associatif français, mesures et évolutions : économie, sociologie*, 2^e éd., préf. V. FOURNEYRON, postf. H. SIBILLE, Paris, Dalloz ; Lyon, Juris éd., 2013, coll. « Hors série » ; O. de LAURENS, *Les fonds et fondations en France de 2001 à 2010*, étude mai 2011.

⁶³⁶Plus rarement, cet appel sera l'occasion d'initier une œuvre nouvelle. Dans ce cas, il convient d'y voir la création d'une fondation.

groupement, directement ou grâce à un intermédiaire, pour lui permettre d'atteindre le but qu'il s'est fixé. Le don manuel apparaît toujours comme la forme privilégiée pour réaliser la *libéralité sollicitée*.

Par ailleurs, il arrive encore que le disposant décide spontanément de soutenir une œuvre. Il s'agit alors d'une *libéralité spontanée*. Les mécanismes qui s'offrent au disposant sont aussi divers que variés. Seules certaines institutions posent des questions propres aux libéralités à caractère collectif. Ainsi, aucune étude de la donation notariée ou du legs ne sera conduite⁶³⁷. En revanche, il convient de s'attarder sur les institutions qui, bien qu'elles soient de droit commun, présentent des difficultés particulières lorsqu'elles sont adressées à un groupement. Les donations temporaires d'usufruit, objets d'un encadrement par la pratique fiscale pour le moins surprenant, en constituent l'illustration. Il est également utile de présenter les institutions qui sont spécifiques aux libéralités à caractère collectif : libéralités adressées aux pauvres, engagements pluriannuels en matière de fondation de flux et nouvelles formes de donations dites « innovantes ».

109. Les difficultés de frontières. L'étude des libéralités-participation met, d'autre part, en évidence la porosité de la frontière entre les actes à titre onéreux et les actes à titre gratuit. D'abord, elle conduit à envisager la question de la nature de l'assurance-vie aux fins de placement dont les groupements sont de plus en plus bénéficiaires. La présence d'un aléa est supposée empêcher la qualification de libéralité. Ensuite, il importe de s'interroger sur la place laissée aux opérations intéressées dans la mesure où la poursuite d'un intérêt est compatible avec la notion de libéralité⁶³⁸. Pourtant, la qualification d'acte à titre gratuit est toujours refusée aux apports aux associations et au parrainage culturel. Les arguments opposés à une telle requalification pourraient l'être également au mécénat dont la gratuité n'est pas contestée. Aussi, convient-il de requalifier ces deux opérations en libéralités. En son temps, CASSIN analysait déjà les apports aux associations comme des libéralités⁶³⁹. Une même qualification peut être retenue en matière de subventions d'employeur comme de subventions publiques dans la mesure où elles ne donnent lieu à aucune contrepartie réciproque. Toutes ces opérations réalisent de véritables libéralités⁶⁴⁰.

⁶³⁷Comp. B. VAREILLE, « Les libéralités familiales », *LPA* 1995, n° 55, p. 4 et s. Lorsqu'il étudie la catégorie spéciale des libéralités familiales, l'auteur décide de laisser de côté les « libéralités évidentes, ostensibles ». De la même manière, du côté des libéralités à caractère collectif, il convient de ne s'attarder uniquement sur les institutions qui présentent des difficultés particulières.

⁶³⁸V. *supra*, n°s 25. et s.

⁶³⁹R. CASSIN, *Droit civil approfondi et comparé : les libéralités avec charge et les fondations*, Paris : les Cours de droit, 1939, p. 8.

⁶⁴⁰Déjà sur les subventions publiques, V. *supra*, n°s 48. et s.

Au contraire, d'autres mécanismes sont considérés à tort comme des libéralités en ce qu'ils constituent en réalité l'exécution d'une obligation préexistante. Cette obligation peut être d'origine conventionnelle : dons des établissements d'utilité publique ; ou d'origine légale ou réglementaire : dévolutions du boni de liquidation consécutif à la dissolution de certains groupements. Ces différentes opérations constituent alors de fausses libéralités.

110. Plan. L'étude des différents mécanismes qui composent les libéralités-participation n'est pas simple dans la mesure où la qualification de libéralité peut être contestée pour nombre d'entre eux. Ainsi, parmi les libéralités-participation, la qualification libérale n'est pas contestée pour certaines (Section I) tandis qu'elle l'est pour d'autres (Section II).

Section I. La qualification libérale non contestée

Les libéralités-participation reposent sur un grand nombre d'institutions pour lesquelles la qualification de libéralité est largement admise. Elles peuvent être regroupées en deux grandes catégories : les libéralités sollicitées (§1) et les libéralités spontanées (§2)⁶⁴¹.

§1. Les libéralités sollicitées

Les libéralités sollicitées sont celles qui vont être consenties par le bienfaiteur à la suite d'une sollicitation du gratifié. Ces sollicitations se sont développées ces dernières années et renvoient à des mécanismes variés. Sensible à ces sollicitations, le disposant va se dépouiller de son vivant au profit du solliciteur en réalisant une donation entre vifs au moyen d'un don manuel. En d'autres termes, si les sollicitations sont variées (A), les libéralités en résultant sont uniformes par le recours aux dons manuels (B).

⁶⁴¹La frontière entre ces deux catégories peut paraître poreuse puisque bien souvent le bienfaiteur qui agit spontanément a eu connaissance du groupement au travers d'une sollicitation du public à la générosité.

A. Des sollicitations variées

111. L'appel au soutien du public⁶⁴². En pratique, les organismes à but non lucratif recherchent des ressources et donc des bienfaiteurs. Ils organisent alors de véritables opérations d'*appel au soutien du public* afin de *solliciter le soutien financier de la collectivité, voire simplement de la sensibiliser aux causes qu'ils défendent dans le but d'être bénéficiaires de libéralités spontanées*. Ces opérations renvoient classiquement à deux réalités différentes qui bien souvent vont se télescoper. D'abord, la quête publique par laquelle le groupement va solliciter directement, c'est-à-dire sur la voie publique, le potentiel bienfaiteur. Ensuite, l'appel à la générosité du public, anciennement souscription publique, qui consiste principalement en une sollicitation indirecte du public. Cependant, il n'existe pas de frontières hermétiques entre ces deux procédés. Bien souvent les règles du second vont s'appliquer au premier. Les groupements n'hésitent plus à organiser sur la voie publique, de véritables opérations de promotion de leurs activités. Rares sont ceux qui ont toujours recours à la quête dans sa définition traditionnelle⁶⁴³.

La présentation de l'appel à la générosité du public ou souscription publique (1) précédera alors celle de la quête publique (2).

1. L'appel à la générosité du public ou souscription publique

L'appel à la générosité du public est un procédé ancien permettant de solliciter le public afin de mener à bien une œuvre d'intérêt collectif. Si la sollicitation du public en matière de libéralité à caractère collectif est classique, la question a récemment été renouvelée avec le financement participatif qui repose sur un appel à la générosité du public lorsqu'il a pour but de récolter des dons.

⁶⁴²Selon des auteurs, l'appel à la générosité du public s'entend de « la sollicitation du grand public, par ou hors média, en l'absence de lien préétabli entre l'organisme et les destinataires de l'appel, dans le but de collecter des fonds destinés à financer, notamment, des œuvres ou des missions d'intérêt général » (V. P. DAUBAS et S. BIGOT de LA TOUANNE, *Collecte de fonds et philanthropie : droit et fiscalité*, Lyon : Juris éd., 2009, coll. « Le Juri'Guide », n° 1.02, p. 11).

⁶⁴³Pour une étude exhaustive des différentes formes d'appel à la générosité du public et des réglementations particulières, V. S. COMBEZ, *Le financement de la recherche biomédicale en droit privé : entre le marché et la générosité du public*, thèse de doctorat en droit, Paris : Université Paris I, 2009, n°s 314 et s., p. 244 et s. L'auteur passe en revue les différents procédés suivis par les organismes s'intéressant à la recherche biomédicale, à savoir la sollicitation du public grâce à l'utilisation d'un fichier constitué (publipostage, mailing, téléprospection), l'organisation de quêtes, de lotos, loteries ou tombolas, d'émissions télévisées, voire plus largement de la publicité par le biais de la télévision, d'internet ou même par l'entremise des notaires. Une telle étude ne saurait être limitée à la recherche biomédicale. Elle peut être étendue quel que soit l'objet de l'organisme faisant appel à la générosité du public.

Après avoir rappelé les contours de l'appel à la générosité du public traditionnel (a), il conviendra de présenter le financement participatif (b).

a. *L'appel à la générosité du public traditionnel*

112. Présentation. Réglementé par une loi du 7 août 1991⁶⁴⁴, l'appel à la générosité du public, récemment renommée *appel au public à la générosité*⁶⁴⁵, permet à un organisme, qui souhaite soutenir une cause d'intérêt général, de solliciter le grand public afin de provoquer des libéralités. L'appel à la générosité du public renvoie donc à ce qu'il était classique d'appeler la souscription publique⁶⁴⁶, ou *contrat de souscription*⁶⁴⁷. En vertu de celui-ci, « certaines personnes appelées « souscripteurs » chargent un « organisateur » de consacrer les fonds qu'ils lui remettent ou s'engagent à lui remettre à la réalisation d'un but déterminé dont le « bénéficiaire » sera un tiers⁶⁴⁸, voire l'organisateur lui-même⁶⁴⁹. La définition est trompeuse. L'initiative de la souscription revient aux organisateurs et non aux souscripteurs qui se bornent à répondre à une sollicitation. Les notions de souscriptions publiques et d'appels à la générosité du public sont donc intimement liées. Les travaux parlementaires le démontrent⁶⁵⁰. En réglementant les appels à la générosité du public, le législateur en 1991 visait les anciennes souscriptions publiques.

113. Réglementation : l'ampleur de l'appel. L'appel à la générosité du public fait l'objet d'une réglementation importante qui diffère selon l'organisme solliciteur⁶⁵¹. Une ordonnance du 23 juillet 2015 a récemment allégé celle-ci.

⁶⁴⁴L. n° 91-772 du 7 août 1991.

⁶⁴⁵Ord. n° 2015-904 du 23 juillet 2015, art. 8.

⁶⁴⁶V. A. QUEINNEC, *De la nature et de quelques effets des souscriptions organisés pour les individus et les personnes morales*, Caen : H. Delesques, 1904 ; R. GROS, *Des souscriptions publiques ouvertes dans un but de bienfaisance, honorifique ou d'encouragement*, Dijon : impr. de L. Marchal, 1909 ; J. MARX, *Les donations par souscription*, Besançon : impr. de Jacques et Demontrond, 1934.

⁶⁴⁷V. M. PLANIOL et G. RIPERT, *op. cit.*, n° 418, p. 540 ; G. RIPERT, *Répétitions écrites de droit civil approfondi et comparé : la notion de libéralité*, Paris : les Cours de droit, 1931, p. 141.

⁶⁴⁸V. J.-J. DUPEYROUX, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, préf. J. MAURY, Paris : LGDJ, 1955, n° 29, p. 42. *Adde* J. MARX, *op. cit.*, p. 61. Lorsque l'appel a pour but de créer une œuvre nouvelle (personnifiée ou non), les différentes souscriptions constituent des actes de fondation.

⁶⁴⁹V. J.-J. DUPEYROUX, *op. cit.*, n° 29, p. 42.

⁶⁵⁰Initialement, un amendement au projet de loi relative au mécénat avait proposé de réglementer les appels à la générosité publique au sein de celle-ci. Selon cet amendement « Tout appel à la générosité publique, sous forme de souscription d'ampleur nationale, doit indiquer l'utilisation prévisionnelle des fonds collectés. » (V. JO Sénat CR 1987, n° 30, p. 1358). Il a ensuite été jugé que ce texte n'avait pas sa place dans cette loi, mais davantage dans un texte législatif indépendant (V. JO AN CR 1987, n° 45, p. 3039).

⁶⁵¹V. F. CHARHON et I. COMBES (dir.), *Fondations, fonds de dotation : constitution, gestion, évolution*, Paris : Juris éd., 2011, coll. « Juris corpus », nos 14.02 et s., p. 160 et s.

En principe, les appels publics à la générosité reposent sur une *déclaration administrative préalable*⁶⁵². Une telle déclaration doit être réalisée auprès du représentant de l'État dans le département⁶⁵³. Seuls sont visés les appels qui ont une certaine ampleur. Pendant longtemps, le *caractère national* de l'appel permettait de fixer un seuil⁶⁵⁴. À cet égard, la Cour des comptes estimait que les appels aux dons faits à partir des sites internet desdits organismes constituaient des appels à la générosité du public au niveau national dans la mesure où ils étaient accessibles sur tout le territoire et qu'ils n'étaient pas « restreints à une aire géographique »⁶⁵⁵. La loi avait alors vocation à englober la quasi-totalité des appels à la générosité publique. Chaque fois qu'un organisme proposait le « don en ligne », il devait se soumettre à cette obligation. Face à la prétendue insécurité juridique résultant de cette disposition⁶⁵⁶, un nouveau critère a été substitué au caractère national par une ordonnance du 23 juillet 2015. Désormais, une déclaration n'est imposée que « lorsque le montant des dons collectés par cette voie au cours de l'un des deux exercices précédents ou de l'exercice en cours excède un seuil fixé par décret » non encore promulgué. Un tel critère est curieux. Plutôt que de s'intéresser à l'ampleur de l'appel initié, il est tenu compte de l'importance des appels passés. Par ailleurs, le gouvernement n'a pas su profiter de l'occasion de cette réforme pour prévoir une sanction à la méconnaissance de cette obligation de déclaration.

Par exception, les fonds de dotation sont toujours soumis à une *procédure d'autorisation administrative* quelle que soit l'importance de l'appel⁶⁵⁷.

114. Réglementation : les causes soutenues. L'obligation de déclaration est cantonnée aux appels visant certaines causes limitativement énumérées. Il s'agit des causes scientifique,

⁶⁵²L. n° 91-772 du 7 août 1991, art. 3. Déjà la commission des finances au Sénat avait tenté d'imposer des obligations déontologiques lors de l'adoption de la loi n° 87-571 du 23 juillet 1987 (V. Rapp. Sénat 1986-1987, n° 231, p. 101).

⁶⁵³Sur la procédure, V. D. n° 92-1011 du 17 septembre 1992.

⁶⁵⁴Initialement, l'amendement proposé à l'Assemblée nationale, instituant un tel contrôle, retenait une obligation de déclaration pour les campagnes départementales et régionales (V. JO AN CR 1991, n° 21/2 p. 1332). Il fut supprimé en première lecture au Sénat (V. JO Sénat CR 1991, n° 24, p. 866). C'est lors de la seconde lecture à l'Assemblée nationale qu'il a été décidé de cantonner cette obligation aux seules campagnes nationales afin d'éviter « d'aller d'emblée au-delà de ce qui est nécessaire ou utile ». Les débats parlementaires montrent la crainte de certains de créer une trop importante suspicion sur les associations. Limiter ce contrôle aux seules grandes associations devait rassurer à la fois les parlementaires et les associations, qui craignaient un contrôle trop important de leurs activités (V. JO AN CR 1991, n° 58/1, p. 3592). Objet de nombreux débats, l'article sera finalement adopté en lecture définitive par l'Assemblée nationale après une nouvelle lecture discordante entre les deux assemblées (V. JO Sénat CR 1991, n° 52, p. 2284 ; JO AN CR 1991, n° 66, p. 4011).

⁶⁵⁵Dès que le site internet de l'organisme voudra proposer aux bienfaiteurs potentiels de procéder à un don en ligne ou qu'il informera celui-ci de sa possibilité de soutenir activement ses causes, l'organisme devra respecter les exigences de la loi de 1991.

⁶⁵⁶V. Rapp. au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2015-904 du 23 juillet 2015 portant simplification du régime des associations et des fondations.

⁶⁵⁷L. n° 2008-776 du 4 août 2006, art. 140, III, al. 5. L'autorité compétente sera le préfet de département. V. D. n° 2009-158 du 11 février 2009, art. 6 et 11 .

sociale, familiale, humanitaire, philanthropique, éducative, sportive, culturelle ou concourant à la défense de l'environnement. En d'autres termes, selon une interprétation de la Cour des comptes⁶⁵⁸, confirmée par la pratique administrative, les organismes ne sont soumis à aucune obligation de déclaration lorsque les appels poursuivent d'autres causes, notamment culturelles. En revanche, les fonds de dotation ne peuvent être autorisés à faire appel public à la générosité que pour l'une de ces causes⁶⁵⁹. Pour apprécier cette condition, ce n'est pas l'objet du groupement qui est pris en compte, mais la cause pour laquelle l'appel est effectué⁶⁶⁰. Peu importe alors la nature publique ou privée du groupement⁶⁶¹, son champ d'activité⁶⁶², ou le support de l'appel⁶⁶³.

Quant à la déclaration, elle doit comporter *les objectifs poursuivis par cet appel*, étant entendu que la Cour des comptes considère que la cause défendue ne saurait se confondre avec l'objet de l'organisme⁶⁶⁴. Il doit s'agir d'un *projet déterminé*. Pour les fonds de dotation, l'autorisation préfectorale est expressément conditionnée au respect de cette exigence⁶⁶⁵. Finalement, en procédant à un appel à la générosité du public, le groupement s'oblige à respecter les objectifs fixés, ce qui n'est pas sans incidence sur l'affectation des libéralités sollicitées⁶⁶⁶.

À côté des traditionnels appels à la générosité du public réglementés par la loi de 1991, le financement participatif devrait prendre une place de plus en plus importante.

⁶⁵⁸V. C. comptes, *Rapport annuel public 1998*, Paris : Direction des journaux officiels, 1998, p. 45.

⁶⁵⁹D. 2009-158 du 11 février 2009, art. 12.

⁶⁶⁰Ainsi pour la Cour des comptes, un organisme dont l'objet serait cultuel, mais qui ferait appel à la générosité pour l'une des causes susvisées devrait procéder à une telle déclaration (V. C. comptes, *Rapport annuel public 1998*, *op. cit.*, p. 43).

⁶⁶¹Il faut préciser tout de suite que le législateur a interdit aux fondations d'entreprise de faire appel à la générosité du public (L. n° 87-571 du 23 juillet 1987, art. 19-8 *in fine*).

⁶⁶²Il importe peu que l'action menée par l'association soit locale (V. C. comptes, *Rapport annuel public 2008*, Paris : Direction des journaux officiels, 2008, p. 271 ; JO AN Q 07/04/2009, p. 3355).

⁶⁶³Il peut s'agir d'un appel sur la voie publique ou alors de l'utilisation de moyens de communication, c'est-à-dire par voie de presse, courriers, ou encore moyens de télécommunication. À chaque support correspond une réglementation de droit commun applicable à ces organismes. Pour une étude complète de ces dispositions, V. P. DAUBAS et S. BIGOT de LA TOUANNE, *op. cit.*, nos 3.01 et s., p. 65 et s.

⁶⁶⁴V. C. comptes, *Rapport annuel public 1998*, *op. cit.*, p. 51. *Adde* Circ. du 16 novembre 1999.

⁶⁶⁵D. n° 2009-158 du 11 février 2009, art. 11.

⁶⁶⁶V. *infra*, n° 176.

b. Le financement participatif

115. Souscriptions publiques et financement participatif. À l'heure actuelle, les appels à la générosité du public profitent généralement aux groupements qui les mettent en œuvre⁶⁶⁷. Ils se distinguent des anciennes souscriptions publiques qui étaient, bien souvent, organisées au bénéfice de tiers déterminés⁶⁶⁸. Au contraire, celles-ci se rapprochent d'un mécanisme récent en pleine expansion⁶⁶⁹ : le *financement participatif*, également appelée *crowdfunding*, littéralement le « financement par la foule »⁶⁷⁰. À ce jour, il n'existe aucune définition légale ou réglementaire de l'institution alors même qu'une récente ordonnance a en précisé le régime⁶⁷¹. Né et développé à partir d'internet, le *crowdfunding* est traditionnellement présenté comme un mode alternatif de financement de projets⁶⁷². Il fait intervenir une plate-forme, qui se propose, moyennant une rémunération, de mettre en relation des porteurs de projets avec des « potentiels financeurs »⁶⁷³. Or, au rang des modes de financement, se trouvent les « dons »⁶⁷⁴. La pratique a montré que ce nouveau mécanisme peut bénéficier à des organismes à but non lucratif⁶⁷⁵.

Un tel mécanisme se distingue de la souscription classique en ce que l'initiative du projet ne repose non pas sur l'organisateur, mais sur le bénéficiaire. L'intermédiaire se borne à sélectionner les projets qu'il souhaite mettre en avant. Une fois cette sélection opérée la plateforme va solliciter le soutien du public.

S'agissant de la récente réglementation, elle est venue imposer un certain nombre d'obligations aux plates-formes intermédiaires au rang desquelles de lourdes obligations

⁶⁶⁷Ou du moins à la collectivité par le truchement de ces derniers.

⁶⁶⁸Une célèbre affaire illustre cette question. Il s'agit de l'affaire dite du Chien Costaud. Une association de Société protectrice des animaux avait lancé une souscription dans le but de soigner l'animal blessé en sauvant un enfant (V. T. civ. St Etienne, 8 juillet 1957, *D.* 1958, 2, p. 142, note R. NERSON ; *RTD civ.* 1958, p. 71, obs. H., L. MAZEAUD ; CA Lyon, 20 octobre 1958, *D.* 1959, 2, p. 111, note R. NERSON).

⁶⁶⁹V. PERRUCHOT-TRIBOULET, « Le nouveau droit du financement participatif », in A. CERMOLACCE, F. DOUET et V. PERRUCHOT-TRIBOULET, « Ingénierie patrimoniale », *JCP N* 2014, 1386.

⁶⁷⁰V. G. LECLAIR, « Crowdfunding : peut-on raisonnablement être associé avec ... la foule ? », *JCP E* 2013, 1709 ; C. BERREBI et S. VATINE, « Le crowdfunding en pratique, opportunités et limites », *JCP G* 2015, p. 1266.

⁶⁷¹Ord. n° 2014-559 du 30 mai 2014. *Adde D.* n° 2014-1053 du 16 septembre 2014. V. T. BONNEAU, « Le financement participatif », *JCP E* 2015, p. 1523. Sur la qualification du financement participatif, V. *infra*, n° 222.

⁶⁷²V. J.-M. MOULIN, « La régulation du crowdfunding à la française », *RD bancaire et fin.* 2013, n° 4, étude 19.

⁶⁷³V. *ibidem*.

⁶⁷⁴Le financement participatif peut également reposer sur des prêts (gratuits ou onéreux) ou par l'acquisition de titres financiers (V. Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2014-559 du 30 mai 2014 relative au financement participatif).

⁶⁷⁵Récemment, le Centre des monuments nationaux a lancé une campagne ayant permis de récolter des fonds affectés aux restaurations du Mont-Saint-Michel, du Panthéon, ou de la cité de Carcassonne (V. S. de SILGUY, « Crowdfunding : un allègement des règles pour favoriser les levées de fonds », *RLDC* 2013, p. 109 et s.). Sur la question des exonérations fiscales attachées au crowdfunding, V. A. PANDO, « Doté d'un cadre juridique, le crowdfunding est promis à un bel avenir », *LPA* 2014, n° 193, p. 4 et s.

d'information⁶⁷⁶. En revanche, rien n'est prévu du côté de l'organisme bénéficiaire de l'opération. Dans la mesure où le financement participatif réalise un appel à la générosité du public, il conviendrait de lui en appliquer la réglementation chaque fois que les conditions posées par la loi de 1991 sur les appels du public à la générosité sont réunies, c'est-à-dire lorsque l'opération vise à soutenir l'une des grandes causes susvisées et que les sommes précédemment collectées par l'organisme sollicitateur par une forme quelconque d'appel public à la générosité dépassent un seuil à déterminer⁶⁷⁷. Certains praticiens défendent la même idée⁶⁷⁸.

Réalisées sur la voie publique, les quêtes donnent lieu également à une importante réglementation.

2. La quête publique

116. Définition et réglementation. La quête, autrement appelée *collecte*⁶⁷⁹, est définie par une circulaire ancienne⁶⁸⁰. Il s'agit d'une opération « se caractérisant par une sollicitation directe du public, présentée comme ayant un but philanthropique, sans espoir de contrepartie pour le donateur »⁶⁸¹. Une fois la définition posée, la circulaire ne s'intéresse qu'aux quêtes publiques⁶⁸². Elle retient un *principe d'interdiction*, qui se traduit dans chaque département par un arrêté préfectoral⁶⁸³. Par dérogation, les quêtes publiques peuvent être autorisées par un arrêté. Il s'agit donc d'un *régime d'autorisation administrative*. Le groupement solliciteur doit obtenir systématiquement l'autorisation du maire de la commune sur laquelle la quête est

⁶⁷⁶Sur les modalités de sélection des projets, la rémunération de l'intermédiaire, etc. (C. mon. fin., art. L. 548-6). Sur celles-ci, V. T. BONNEAU, art. précité.

⁶⁷⁷V. *supra*, n^{os} 113. et s. Sous l'empire du droit antérieur, l'application de la réglementation était facilitée. L'opération de financement participatif étant réalisée sur internet, l'appel avait nécessairement une envergure nationale.

⁶⁷⁸La commission des études juridiques des commissaires aux comptes a récemment émis une recommandation en ce sens. V. *Bulletin des commissaires aux comptes* 2015, n^o 177, p. 156.

⁶⁷⁹Encore qu'il existerait une légère nuance entre les deux notions. Alors que la quête s'adresserait à des personnes réunies en un même lieu, la collecte viserait des personnes isolées soit sur la voie publique soit au domicile (V. G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris PUF, 2014, coll. « Quadrige », v^o *Collecte ; quête*).

⁶⁸⁰Circ. du 21 juillet 1987, NOR : INTD8700196C.

⁶⁸¹Cette circulaire assimile la recherche d'adhérents à la quête dans la mesure où celle-ci donne lieu à un paiement.

⁶⁸²Ne sont visées que les campagnes de collecte sur la voie publique. Celles prévues dans des lieux privés accessibles au public ne sont pas l'objet d'une réglementation particulière, mais peuvent être interdites pour des raisons tenant au respect de l'ordre public. Par ailleurs, les associations cultuelles ont la possibilité d'organiser des quêtes et collectes pour les frais de leur culte (L. du 9 décembre 1905, art. 19 al. 4). En tout état de cause, les démarchages au domicile sont interdits, sauf autorisation spéciale du préfet. La circulaire précise que lorsqu'il s'agit d'associations bénéficiant de la grande personnalité juridique ou de quêtes traditionnelles, la demande ne doit constituer qu'« une simple formalité ».

⁶⁸³En application de la Circ. Premier ministre n^o 308 du 9 septembre 1950.

prévue, ou du préfet si elle concerne plus d'une commune, mais un seul département⁶⁸⁴. Une double condition est imposée afin d'obtenir l'autorisation, à savoir le caractère local de l'association et le cadre exclusivement départemental ou communal des *actions financées*⁶⁸⁵. Les objectifs poursuivis par la quête doivent alors être précisés dans la demande.

À l'heure actuelle, les organismes sollicitateurs ont souvent une activité à l'échelon national, voire international, et non plus local et souhaitent organiser des collectes à grande échelle. Les soumettre à un régime d'autorisation locale serait trop contraignant. Ainsi, certains groupements jouissent d'un statut particulier et dérogatoire. Ils peuvent faire une demande au niveau central afin de bénéficier du système dit de « journées nationales » dédiées la collecte. Ces journées sont définies par une circulaire établissant un « calendrier annuel des journées nationales d'appel à la générosité du public » dressé par le ministère de l'Intérieur⁶⁸⁶. Ce sont les fameuses « journées pour » du langage courant⁶⁸⁷. La circulaire précise les organismes habilités à collecter des fonds sur la voie publique à cette occasion⁶⁸⁸. Transmise aux préfets de départements, elle est retranscrite dans un arrêté préfectoral visant à autoriser expressément et administrativement les quêtes sur la voie publique selon le calendrier établi. L'occupation de la voie publique demeure *in fine* soumise à une autorisation donnée par arrêté⁶⁸⁹. La majorité des quêtes publiques suivent ce modèle⁶⁹⁰. Faisant appel public à la générosité à l'échelon nationale, de tels organismes devaient, jusqu'à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 23 juillet 2015, se soumettre en parallèle à l'obligation de déclaration susvisée et donc cantonner leur démarche à des *objectifs déterminés*⁶⁹¹. Désormais, cette déclaration n'est plus automatique.

La quête publique comme l'appel public à la générosité peuvent aboutir à des libéralités sollicitées. Elles prennent la forme de dons manuels.

⁶⁸⁴Circ. du 21 juillet 1987, précitée.

⁶⁸⁵V. *ibidem*. Par ailleurs, les quêteurs dans les communes de plus de deux mille habitants doivent être munis d'une carte d'habilitation.

⁶⁸⁶Une demande en ce sens doit être adressée au ministère de tutelle du groupement. V. Circ. 9 décembre 2009.

⁶⁸⁷Journée mondiale de la lutte contre le cancer ; journées mondiales des lépreux ; journées du Sidaction ; Campagne nationale de la Croix rouge ; etc.

⁶⁸⁸Enfin l'Administration centrale désigne les groupements qu'elle juge les plus à même de servir les grandes causes nationales d'intérêt général qu'elle a listé. C'est déjà une manière de « labéliser » l'organisme à but non lucratif.

⁶⁸⁹Il peut être dérogé au calendrier national en raison de circonstances exceptionnelles locales obligeant l'autorité administrative déconcentrée à opter pour une date différente.

⁶⁹⁰Les associations non visées par le calendrier national peuvent néanmoins obtenir une autorisation classique de la préfecture. En règle générale, celles-ci organisent leurs quêtes en méconnaissance de l'obligation d'obtention d'une autorisation.

⁶⁹¹Ces deux procédures sont cumulatives (V. C. comptes, *Rapport annuel public 2008*, Paris : Direction des journaux officiels, 2008, p. 270).

B. Des libéralités uniformes : le recours aux dons manuels

117. Le recours aux dons manuels. Les opérations d'appel au soutien du public conduisent généralement, sinon exclusivement, à des dons manuels⁶⁹². En matière de quête publique et de financement participatif, le don manuel constitue le seul mode de transmission possible à titre gratuit. D'un côté, le bienfaiteur est appelé à se dépouiller au profit de l'organisme au moment de la quête : il ne peut réaliser qu'un don de la main à la main. De l'autre, le financement participatif s'effectue sur internet et conduit à des virements de monnaie scripturale, voire de monnaie électronique. Il s'agit d'un don en ligne, forme moderne de don manuel. Quant aux traditionnels appels à la générosité, ils peuvent bien entendu aboutir à long terme à tout type de libéralité. Pour autant, le don manuel apparaît être le moyen privilégié pour répondre à la sollicitation⁶⁹³.

Admis depuis la fin du XIX^e siècle en dépit du silence du Code civil⁶⁹⁴, le don manuel a toujours été un mode privilégié de transmission⁶⁹⁵. Il l'est pour plusieurs raisons. D'abord, le don manuel est extrêmement souple car il échappe aux règles de forme des libéralités ostensibles, à savoir à l'exigence de la rédaction d'un acte notarié posée par l'article 931 du Code civil⁶⁹⁶. Il repose sur la *tradition*, qui en constitue un élément de validité⁶⁹⁷. Ensuite, la Cour de cassation a fait évoluer depuis le milieu du XX^e siècle, dans un élan libéral⁶⁹⁸, l'approche de la tradition. Si la tradition des meubles corporels doit être réelle, c'est-à-dire effective et se réaliser de la main à la main⁶⁹⁹, la Haute juridiction a admis que certains biens

⁶⁹²V. P. BRESSOLLES, *Théorie et pratique des dons manuels*, Paris : A. Rousseau, 1885 ; M. ROUAST, *Droit civil approfondi : des libéralités entre vifs exemptes de formes*, Paris : Cours de droit, 1948-1949, p. 112 et s. ; G. PACILLY, *Le don manuel*, préf. H. LEMONNIER, Paris : Dalloz, 1936 ; N. PETERKA, *Les dons manuels*, préf. P. CATALA, LGDJ, 2001, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 355.

⁶⁹³Déjà en matière de souscription, lorsque le versement est concomitant avec celle-ci, V. M. PLANIOL et G. RIPERT, *op. cit.*, n° 418, p. 540 ; A. PONSARD, *Les donations indirectes en droit civil français*, Paris : Sirey, 1946, p. 177 ; R. NERSON, note ss T. civ. de Saint-Étienne, 8 juillet 1957, *D.* 1958, 2, p. 142.

⁶⁹⁴Admis depuis Req., 5 août 1878, *D.* 1879, 1, p. 253.

⁶⁹⁵Un auteur estime à cet égard que les donations non notariées sont désormais loin d'être marginales de sorte qu'il faudrait réfléchir à admettre le recours aux donations ostensibles non notariées. V. M. GRIMALDI, *Droit civil : Libéralités, partages d'ascendants*, Paris : Litec, 2000, n° 1279, p. 211. *Adde* R. TENDLER, « Le don manuel : une institution anachronique ? », *D.* 1989, p. 245 et s. *Comp.* P. BRESSOLLES, *op. cit.*, n° 62, p. 96, qui a soutenu que le don manuel devait rester une exception à l'authenticité et devait donc s'interpréter restrictivement.

⁶⁹⁶Néanmoins, le don manuel est soumis aux conditions de fond des libéralités.

⁶⁹⁷Pour un auteur, le don manuel se définit comme le « contrat par lequel, en dehors de toute exécution d'une prétendue obligation antérieure et par conséquent dans une intention libérale, une personne fait remise matérielle de la main à la main, directement ou par intermédiaire, à une autre personne qui accepte, d'une chose mobilière susceptible d'être transmise par voie de simple tradition, sans que la double volonté de donner et recevoir ait à s'exprimer autrement que par la tradition » (V. G. PACILLY, *op. cit.*, n° 5, p. 18).

⁶⁹⁸Sur le libéralisme de la jurisprudence en matière de don manuel au point que le don manuel soit devenu une institution concurrente à la donation notariée, V. G. PACILLY, *op. cit.*, n° 77, p. 202.

⁶⁹⁹En ce sens, la tradition consiste en une véritable dépossession, c'est-à-dire mise en possession de son bénéficiaire. Ce qui distingue ce type de tradition de la tradition feinte, c'est-à-dire fictive lorsque le destinataire de la chose est déjà en possession du bien. En matière de don manuel, pour pouvoir jouer son rôle protecteur, la tradition ne peut être que réelle.

incorporels peuvent être l'objet d'une « quasi-tradition »⁷⁰⁰, dès lors que la dépossession est effective et irrévocable⁷⁰¹. Ce faisant la jurisprudence est adaptée à la dématérialisation de la monnaie fiduciaire en monnaie scripturale, voire désormais en monnaie électronique⁷⁰², et à la dématérialisation des titres sociaux⁷⁰³. Ainsi, les chèques et les virements bancaires peuvent être le vecteur de dons manuels⁷⁰⁴.

Enfin, le don manuel est attractif dans la mesure où il semble être dissocié de l'idée de *modicité*⁷⁰⁵, sur laquelle il reposait initialement⁷⁰⁶. Bien souvent même, le don manuel porte sur des biens dont la valeur peut être très importante, voire considérable⁷⁰⁷. Pour s'en

⁷⁰⁰Selon une expression empruntée à N. PETERKA, *op.cit.*, n° 389, p. 343. Adde H. MÉAU-LATOURE, « La dématérialisation à l'épreuve du don manuel d'actions », in *Aspects actuels du droit des affaires : mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Paris : Dalloz, 2003, p. 797 et s., n°s 41 et s. D'autres auteurs estiment que loin de caractériser des dons manuels ces nouveaux modes de transmission constitueraient des donations indirectes. En ce sens, V. H. MÉAU-LATOURE, *La donation déguisée en droit civil français : contribution à la théorie générale de la donation*, préf. P. RAYNAUD, Paris : LGDJ, 1985, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 184, n° 527, p. 394 ; D. GILLES, « Les écueils de la transmission d'entreprise par donation indirecte », *Dr. et patr.* 1994, n° 20, p. 45 et s. ; M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1290, p. 220 (à propos du virement) ; M. NICOD, *Le formalisme en droit des libéralités*, Imprimerie La Mouette, 2000, n°s 368 et s., p. 155 et s. Comp. N. PETERKA, « Retour sur les dons électroniques », *RD bancaire et fin.* 2004, p. 298 et s., n° 19 et n° 20 (don manuel pour le virement, mais donation indirecte pour le chèque).

⁷⁰¹Finalement, la dépossession va venir se substituer à la remise de la main à la main. La tradition effective n'a de sens qu'en présence de chose corporelle. Initialement, il fallait réunir trois conditions pour admettre le don manuel : une tradition effective ; une perte de possession ; son caractère irrévocable. Depuis avec la dématérialisation des biens, la dépossession semble englober la première condition (V. M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1293 bis, p. 225).

⁷⁰²Pour certains auteurs, depuis la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000, il est même possible de parler de « monnaie scripturale électronique », puisque cette loi reconnaît l'écrit électronique (V. C. LUCAS de LEYSSAC et X. LACAZE, « Le paiement en ligne », *JCP G* 2001, I 302, n° 39). Celle-ci se distinguerait de la simple « monnaie électronique » qui renverrait au porte-monnaie électronique et à la « monnaie réseau » (V. S. PIEDELIÈVRE et E. PUTMAN, *Droit bancaire*, Paris : Economica, 2011, coll. « Corpus. Droit privé », n° 331, p. 342). Sur la monnaie électronique en général, V. M. VASSEUR, « Le paiement électronique », *JCP G* 1985, I 3206 ; M. CABRILLAC, « Monétique et droit du paiement », in *Aspects du droit privé en fin du 20^e siècle : études réunies en l'honneur de Michel de Juglart*, Paris : LGDJ : Monchrestien : Éd. techniques, 1986, p. 83 et s.

⁷⁰³L. n° 81-1162 du 30 décembre 1981.

⁷⁰⁴Pour le chèque, V. Civ. 1^{re}, 4 novembre 1981, *Bull. civ. I*, n° 327, *RTD civ.*, 1982, p. 781 obs. J. PATARIN ; *Defrénois* 1982, art. 32944, obs. G. CHAMPENOIS ; Com., 18 décembre 1990, *Bull. civ. IV*, n° 326. Adde V. N. PETERKA, *op. cit.*, n°s 392 et s., p. 344 et s. Pour le virement bancaire, V. Civ. 1^{re}, 12 juillet 1966 (monnaie), *Bull. civ. I*, n° 424 ; D. 1966, p. 614, note J. MAZEAUD ; Com., 19 mai 1998, n° 96-16.252, *Bull. civ. IV*, n° 161 (titres sociaux) ; D. 1998, p. 551, note D.-R. MARTIN Adde N. PETERKA, *op. cit.*, n°s 421 et s., p. 372 et s.

⁷⁰⁵V. G. PACILLY, *op. cit.*, n° 12, p. 30 et s. ; N. PETERKA, *op. cit.*, n°s 90 et s., p. 76 et s. Adde J. AERTS, *Les dons et legs modiques, les présents d'usage*, Nancy : Société d'Impressions typographiques, 1938.

⁷⁰⁶C'est pour cette raison que l'ordonnance de d'AGUESSEAU de 1731 n'en interdit pas la validité malgré l'absence de solennité (V. *Lettre du 25 juin 1731 in J.-M. PARDESSUS (éd.), Œuvres complètes du chancelier d'Aguesseau*, t. 12, *Suite de la correspondance officielle : Ordonnances des donations, testaments, substitutions*, n^{le} éd., Paris : Fantin : H. Nicole : de Pelafol, 1819, p. 310 et s., spéc. p. 312). Pour ce dernier, « à l'égard d'un don qui se consommerait sans acte, par tradition réelle d'un meuble ou d'une somme modique, l'article 1^{er} de l'ordonnance, ne parlant que des actes portant donation, n'a pas d'application dans ce cas qui n'a besoin d'aucune loi » (Nous soulignons). Sur cette question, V. P. BRESSOLLES, *op. cit.*, n°s 24 et s., p. 42 et s.

⁷⁰⁷Un auteur estime même que « ce[la] n'est pas satisfaisant » (V. M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1282, p. 214). À cet égard l'auteur cite PLANIOL, qui a pu écrire que : « le don manuel, sans preuve, sans règles, sans contrôle, est dans notre droit un irrégulier, une sorte d'insoumis. Toléré primitivement par d'AGUESSEAU pour les menus cadeaux, il a pris depuis lors des développements inattendus. On peut dire qu'il a exercé de véritables ravages dans un code qui soumet la donation entre vifs à des règles d'une sévérité rigoureuse. Il donne aux particuliers un moyen sûr et commode de tourner les barrières. Toute jurisprudence qui lui mettra des bornes doit être reçue comme un bienfait » (V. M. PLANIOL, note ss CA Pau, 13 mai 1890, *D.* 1890, 2, p. 345).

convaincre, il suffit de se référer à la jurisprudence rendue en la matière⁷⁰⁸. Il n'est pas certain que le législateur en est pleinement conscience⁷⁰⁹.

Ainsi, le don manuel est particulièrement adapté pour répondre à une sollicitation de l'organisme faisant appel au soutien du public qu'il soit réalisé au moyen de la remise de monnaie fiduciaire ou par l'intermédiaire d'un chèque ou d'un virement bancaire.

118. Des dons manuels modernes. Supposés constituer des modes modernes de libéralités, les dons manuels par chèque et par virement ont récemment laissé place à de *nouvelles formes de transmissions gratuites par voie électronique*. Elles sont de deux types et s'éloignent du virement classique⁷¹⁰. D'abord, la libéralité sollicitée peut prendre la forme d'un *don en ligne*⁷¹¹. Il est procédé au transfert électronique de fonds via internet par l'intermédiaire de la carte bancaire – carte de paiement⁷¹². Le don en ligne est une « version « Web » du don par virement », qui permet de « concrétiser un *animus donandi* « on line »⁷¹³. S'adaptant aux évolutions du commerce électronique, certains organismes ont diversifié leur offre de règlement. Ils proposent à leurs donateurs potentiels de recourir à « un paiement via un compte »⁷¹⁴ avec recours à de la monnaie électronique⁷¹⁵. Le financement participatif fonctionne sur ce modèle. Ensuite, il existe des moyens pour les bienfaiteurs de soutenir durablement un groupement. Ils ont alors recours aux autorisations de prélèvements dits

⁷⁰⁸V. Civ. 1^{re}, 20 novembre 1985, n° 83-14.005, *Bull. civ.* I, n° 314 ; *RTD civ.* 1987, p. 137, obs. J. PATARIN, pour un chèque de 1 500 000 francs.

⁷⁰⁹Le législateur de 1987 a autorisé les associations simplement déclarées à recevoir des dons manuels sans respecter la procédure d'autorisation administrative (V. *infra*, n° 275.). Une telle possibilité ne se comprend que face à des dons modiques. *Adde* N. PETERKA, *op. cit.*, n° 96, p. 81, pour laquelle le législateur retiendrait en la matière une approche formelle de la modicité.

⁷¹⁰Selon une expression empruntée à J. STOUFFLET, *Instruments de paiements et de crédit : effets de commerce, chèque, carte de paiement, transfert de fonds*, 8^e éd., Paris : LexisNexis, 2012, coll. « Manuels », n° 478, p. 473.

⁷¹¹V. N. PETERKA, « Brèves observations sur les dons en ligne », *Comm. com. électr.* 2005, n° 5, étude n° 19.

⁷¹²Le paiement grâce au numéro de carte bancaire ne s'analyse pas comme un paiement classique par carte bancaire, mais comme une forme nouvelle de virement (V. J. STOUFFLET, *op. cit.*, n° 496, p. 491). Il est admis que « la communication du numéro à seize chiffres vaut alors mandat donné à l'émetteur de la carte [...] de payer la somme due » (V. C. LUCAS de LEYSSAC et X. LACAZE, art. précité, n° 14). Il ne s'agit pas à proprement parler d'un « paiement » puisque celui-ci suppose l'existence d'une obligation qu'il conviendrait d'éteindre, d'exécuter. Or, en matière de don manuel, il n'existe aucune obligation civile préexistante. Dès lors, la carte bancaire peine à apparaître comme un véritable moyen de paiement. En ce sens, un auteur souligne que le don en ligne « obéit à un mode opératoire identique à celui du paiement en ligne, si ce n'est qu'il n'intervient pas pour éteindre une obligation préexistante mais pour concrétiser une intention libérale » (V. N. PETERKA, « Brèves observations sur les dons en ligne », art. précité).

⁷¹³N. PETERKA, « Retour sur les dons électroniques », art. précité, n° 10. Pour l'auteur, un tel don manuel n'est pas sans particularité puisque l'ordre donné est irrévocable avant même son exécution (C. mon. fin., art. L. 133-7 et L. 133-8). Le mandat donné à l'établissement de crédit est alors irrévocable à la différence du virement classique qui est librement révoquant jusqu'à son exécution. Une telle exception doit permettre de sécuriser le paiement par carte bancaire. Comp. C. LUCAS de LEYSSAC et X. LACAZE, art. précité, n° 18, qui estiment que le mandat demeurerait révoquant malgré cette disposition.

⁷¹⁴Selon une terminologie retenue par l'Association française du multimédia mobile (AFMM) : comptes *Paypal*, voire *Google Checkout*.

⁷¹⁵C. LUCAS de LEYSSAC et X. LACAZE, art. précité, n° 43. D'après une traduction de l'« *e-cash* » anglosaxon.

automatiques, c'est-à-dire à un « avis de prélèvement »⁷¹⁶. Ce dernier n'est rien d'autre qu'une nouvelle forme de virement⁷¹⁷. L'opération repose sur un double mandat : un mandat de prélèvement et un mandat de virement⁷¹⁸. Dans un avenir proche, il n'est pas impossible que l'offre se diversifie encore d'avantage surtout en matière de micro-don, c'est-à-dire de dons modiques de quelques euros⁷¹⁹.

Ainsi, le don manuel est le moyen le plus efficace pour soutenir un organisme en quête de donateurs. Plus rarement, il permet de réaliser une libéralité spontanée.

§2. Les libéralités spontanées

119. Délimitation de l'étude : exclusion des donations notariées et des legs. Dans de nombreux cas, il est difficile de rattacher la libéralité à une opération d'appel au soutien du public, même si celle-ci a pu faire connaître l'action de l'organisme solliciteur au bienfaiteur. La libéralité est donc spontanée et a pour finalité de soutenir le groupement bénéficiaire ou l'une de ses activités. Ainsi, le disposant gratifie l'organisme au moyen d'une donation, le

⁷¹⁶Qui peut résulter de la signature d'une autorisation de prélèvement permanent papier ou même désormais d'un écrit électronique grâce à l'utilisation de la carte bancaire.

⁷¹⁷J. STOUFFLET, *op. cit.*, n° 494, p. 488 ; S. PIEDELIÈVRE et E. PUTMAN, *op. cit.*, n° 330, p. 341.

⁷¹⁸M. JEANTIN, *Droit commercial : Instruments de paiement et de crédit, titrisation*, 8^e éd., avec la collaboration de P. LE CANNU, T. GRANIER et R. ROUTIER, Paris : Dalloz, 2010, coll. « Précis. Droit privé », n° 231, p. 186.

⁷¹⁹Un projet de loi pour une République numérique est en cours d'élaboration. Il autoriserait le don par SMS au profit des organismes sans but lucratif avec une double limite : cinquante euros par don sans que la totalité des dons ne puissent dépasser trois cents euros par mois. L'article L.311-4 du Code des marchés financiers pourrait être modifié en ce sens. Défendue dans un récent rapport parlementaire (V. Rapp. AN 2013, n° 2383), une telle innovation est attendue des praticiens. La pratique a, en effet, depuis longtemps mis en place de véritables solutions alternatives aux instruments de paiement classiques pour réaliser des « micropaiements ». Il s'agit des mécanismes dits SMS+, MMS+, Internet+, MPME, Appels surtaxés (ancien audiotel), etc. (V. Association française du multimédia mobile (éd.), « Le guide du micro-paiement », non publié, 2010). Lors de catastrophes naturelles récentes, les opérateurs de téléphonie mobile français avaient mis en place des numéros surtaxés afin de permettre des dons par « SMS » en faveur de certains organismes déterminés. Les opérateurs proposaient alors d'envoyer un sms à un numéro spécial pour un coût d'un euro (le don). À ce jour, les dons par SMS surtaxés, autrement appelés SMS+, sont prohibés par la Charte de déontologie adoptée par l'Association SMS+ (depuis absorbée par l'AFMM) à laquelle les grands opérateurs de téléphonie mobile français appartiennent (V. Art. 3.7 : « les Services utilisés dans le but de faire appel à la générosité du public ne doivent en aucun cas user de la fonction de reversement fournie par l'Opérateur à l'Éditeur comme moyen intrinsèque de paiement des dons »). Cette charte est conforme à deux avis du Conseil supérieur de la télématique (V. Avis des 29 avril et 9 juillet 2004, n° CST/2004/395) depuis supprimé au profit du Conseil national du numérique. La pratique est divisée sur son opportunité. Certains praticiens défendent cette évolution (V. G. DUFOUR et R. VABRES, « Les dons « oubliés », les dons innovants : étude juridique et fiscale », Rapport au Ministre de la vie associative, non publié, 2012) tandis que d'autres n'y sont pas favorables (V. P. DAUBAS et S. BIGOT de LA TOUANNE, *op. cit.*, n° 4.55, p. 134). Par ailleurs, ce moyen de paiement laisse en suspens la question de la T.V.A sur les sms surtaxés. Les SMS pourraient être exonérés de T.V.A à l'instar des exonérations qui existent déjà en matière d'organismes sans but lucratif (art. 261 CGI) ou des exonérations de droits de mutation (V. *infra*, n° 198.). *Addé* Y. DEMEER, « Le régime fiscal des associations de la loi de 1901 au regard de la T.V.A et de l'impôt sur les sociétés », in *Études dédiées à la mémoire de Gérard Dehove*, Paris : PUF, 1983, p. 259 et s.

plus souvent notariée, ou d'un legs. Il ne convient pas de s'attarder ici sur l'étude de ces formes de libéralités qui ne donnent pas lieu à difficulté.

Au contraire, certains mécanismes présentent des spécificités en matière de libéralité à caractère collectif. Le premier est issu du droit commun. Il s'agit des donations temporaires d'usufruit (A). À côté de celles-ci, il existe des mécanismes spéciaux : ils peuvent être anciens comme la libéralité adressée aux pauvres (B) ou récents comme les engagements sur un programme d'action pluriannuel (C) et les donations innovantes (D).

A. La donation temporaire d'usufruit

120. L'essor des donations temporaires d'usufruit. Mécanisme de droit commun, la donation temporaire d'usufruit permet la constitution d'un usufruit *per translationem* au profit d'un organisme sans but lucratif pour une durée déterminée. En d'autres termes, le groupement bénéficiaire est institué usufruitier tandis que le bienfaiteur se réserve la nue-propriété des biens transmis. Si l'usufruit est par essence un droit réel viager⁷²⁰, que consenti à une personne morale il est limité à trente ans⁷²¹, il peut être affecté d'un terme plus court⁷²². Il s'agit alors d'un *usufruit temporaire*. En tout état de cause, la mort de l'usufruitier – ou sa dissolution s'agissant d'une personne morale – entraîne l'extinction de l'usufruit quand bien même le terme ne serait pas encore arrivé⁷²³.

La constitution d'usufruit temporaire est de plus en plus usitée par la pratique notariale⁷²⁴. L'attrait économique de ce procédé est valorisé⁷²⁵. Adressée à un organisme à but non lucratif, la donation temporaire d'usufruit serait une « donation avantageuse »⁷²⁶. Pour le bienfaiteur, l'intérêt de l'opération est fiscal⁷²⁷. Du côté du groupement bénéficiaire, la donation temporaire d'usufruit lui permet de percevoir les revenus du bien et d'en jouir librement.

⁷²⁰C. civ., art. 617.

⁷²¹C. civ., art. 619.

⁷²²C. civ., art. 617. Ce texte prévoit les causes d'extinction de l'usufruit au rang desquels « l'expiration du temps pour lequel il a été constitué ».

⁷²³V. Ch. réunies, 16 juin 1933, *D.* 1933, p. 393 ; Civ. 18 juillet 1923, *D.* 1931, 2, p. 75. Il est proposé de revenir sur cette règle, en admettant qu'un usufruit puisse être constitué pour une durée maximale de trente ans peu importe le décès antérieur de l'usufruitier (V. H. PERINET-MARQUET (dir.), *Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, Paris : Litec, 2009, coll. « Carré droit », art. 592).

⁷²⁴V. V. DEPADT-SEBAG, « L'usufruit temporaire des personnes physiques », *RTD civ.* 2010, p. 669 et s. Sur les avantages de l'usufruit temporaire en matière familiale, V. G. BONNET, « De quelques conséquences pratiques des donations temporaires d'usufruit entre parents et enfants », *AJ Famille* 2004, p. 179.

⁷²⁵V. F. DOUET, « Aspects civils et fiscaux des donations d'usufruit temporaire », *JCP N* 2013, 1077 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *op. cit.*, n° 339, p. 317.

⁷²⁶V. R. LIBCHABER, « Une cession temporaire d'usufruit ? », *Defrénois* 2008, p. 1656 et s., n° 1. Adde F. GROSJEAN et S. HERVOIS, « Donation temporaire d'usufruit : levier fiscal et philanthropique », *JCP N* 2013, 1201.

⁷²⁷V. *infra*, n° 196.

Consciente de ces avantages, la pratique irait jusqu'à inciter les personnes titulaires d'un droit d'usufruit à le céder temporairement à un organisme philanthropique⁷²⁸. Une telle opération réalise alors une cession temporaire de droit réel démembre⁷²⁹. Un auteur a sévèrement condamné cette pratique, estimant, à juste titre, que le droit français s'oppose à ce que la cession d'un droit réel puisse être temporaire⁷³⁰. Il propose, en lieu et place de ce mécanisme, de réaliser un démembrement de l'usufruit originaire en un second usufruit⁷³¹. Une autre voie pourrait être d'admettre la fiducie aux fins de libéralité actuellement prohibée par l'article 2013 du Code civil⁷³². Simplement, l'opération perdrait tout intérêt fiscal en raison du principe de neutralité fiscale qui est attaché aux fiducies⁷³³.

121. Un essor limité par l'Administration fiscale. Dans la mesure où la donation temporaire d'usufruit est souvent motivée par des considérations fiscales, la crainte qu'elle constitue un abus de droit fiscal est toujours présente⁷³⁴. Afin de sécuriser ces opérations et pour rassurer les praticiens, l'Administration fiscale est intervenue⁷³⁵. Dans une instruction du 6 novembre 2003⁷³⁶, depuis reprise au Bofip⁷³⁷, elle détermine une série de conditions cumulatives dont la réunion s'oppose à « la mise en œuvre de la procédure de répression des abus de droit ». Selon la doctrine fiscale :

Toutefois, une opération de transmission temporaire d'usufruit n'est, en tout état de cause, pas susceptible de donner lieu à la mise en œuvre de la procédure de l'abus de droit lorsqu'elle satisfait cumulativement aux conditions suivantes :

- prendre la forme d'une donation par acte notarié ;
- être réalisée au profit d'un organisme appartenant à l'une des catégories suivantes :
- fondations ou associations reconnues d'utilité publique ;

⁷²⁸V. R. LIBCHABER, art. précité.

⁷²⁹V. *ibidem*.

⁷³⁰V. *ibid.* Pour l'auteur, la cession, qui emporte transfert de propriété, ne saurait être temporaire du fait de la perpétuité de cette dernière. Il poursuit en affirmant qu'il est différent de constituer un droit réel temporaire (usufruit) que de céder un droit réel existant déjà.

⁷³¹V. *ibid.* L'opération reviendrait à constituer un usufruit d'usufruit. En ce sens, l'usufruit pourrait être démembre comme tout autre droit réel. Adde P. BERGER et R. RICHE, « Démembrement de propriété : les stratégies de l'usufruitier », *Act. prat. stratég. patrim.* 2007, n° 3, p. 4 et s., n° 10 et n°s 19 et s.

⁷³²La propriété fiduciaire était par essence temporaire (V. *supra*, n° 215.).

⁷³³Fiscalement les biens sont supposés n'avoir jamais quitté le patrimoine du constituant. V. F. BARRÈRE, *Rép. civ. dalloz*, v° *Fiducie*, n° 117. Adde Ph. NÉAU-LEDUC, « La neutralité fiscale au service de la fiducie », *RD banc. fin.* 2007, n° 3, p. 72 et s.

⁷³⁴Sur cette notion, V. *infra*, n° 197.

⁷³⁵V. F. CHARHON, « La transmission temporaire d'usufruit vient d'être sécurisée », *Option finance* 2004, n° 782, p. 23 ; L. MAZEYRIE, « Les donations d'usufruit temporaire : un outil attractif pour le mécénat », *JCP N* 2005, HS, p. 26 et s.

⁷³⁶Inst. fiscale n° 176 du 6 novembre 2003, *BOI* 7 S-4-03.

⁷³⁷*BOI-PAT-ISF-30-20-20-20120912*, n° 200.

- associations cultuelles ou de bienfaisance autorisées à recevoir des dons et legs ou établissements publics des cultes reconnus d'Alsace-Moselle ;
- établissements d'enseignement supérieur ou artistique à but non lucratif agréés.

Il s'agit d'organismes d'intérêt général habilités à recevoir des donations. Il est rappelé que l'intérêt général se caractérise par l'exercice d'une activité non lucrative, le caractère désintéressé de la gestion et l'absence de fonctionnement au profit d'un cercle restreint de personnes.

- être effectuée pour une durée au moins égale à trois ans ;

Lorsqu'au delà d'une première période de trois ans ou plus, la donation temporaire est prorogée, cette prorogation peut concerner une période plus courte.

- porter sur des actifs contribuant à la réalisation de l'objet de l'organisme bénéficiaire ;

Il peut s'agir :

- d'une contribution financière ;

Préalablement à la transmission temporaire, l'organisme bénéficiaire doit alors avoir été mis en mesure de s'assurer que le rendement prévisionnel est substantiel.

- ou d'une contribution matérielle (exemple : mise à disposition de locaux d'habitation au profit d'une association d'aide au logement).

- préserver les droits de l'usufruitier.

Les biens concernés ne doivent pas faire l'objet d'une réserve générale d'administration.

Cela étant, l'organisme bénéficiaire peut, pour des raisons pratiques, ne pas souhaiter exercer toutes les prérogatives liées à son usufruit (participation aux assemblées générales des actionnaires, liberté de gestion d'un portefeuille de valeurs mobilières, signature des baux...). Il doit alors donner pouvoir spécial à un mandataire (qui peut être le nu-proprétaire) pour les exercer en son nom. Ce mandataire doit lui rendre compte chaque année, en lui communiquant toutes les informations utiles relatives aux biens concernés et à l'usufruit (informations sur la situation de l'entreprise en cause et compte rendu des assemblées ; nature et justifications des arbitrages auxquels a donné lieu le portefeuille de valeurs mobilières considéré ; évolution des loyers...).

En tout état de cause, les fruits doivent revenir à l'usufruitier. À titre d'exemple, aucune disposition ne doit fixer un montant maximal de revenus à percevoir par l'usufruitier ou prévoir la possibilité d'un prélèvement du nu-proprétaire sur les fruits.

Ce faisant, l'Administration fiscale consacre une véritable présomption irréfragable d'absence d'abus de droit en cas de respect des conditions qu'elle pose, là où il n'existe normalement qu'une présomption simple de sincérité de l'acte en la matière⁷³⁸. Pour autant, le manquement

⁷³⁸V. M. COZIAN et F. BEBOISSY, *Précis de fiscalité des entreprises*, 38^e éd., Paris : LexisNexis, 2014, coll. « Précis fiscal », n° 2174, p. 881.

à ces conditions ne saurait suffire à emporter la présomption contraire. La preuve de l'abus de droit appartient, en principe⁷³⁹, à l'Administration fiscale⁷⁴⁰.

122. Des conditions rigoureuses. Finalement, la doctrine fiscale renonce à rechercher le caractère abusif d'une donation temporaire d'usufruit si l'opération respecte cinq séries de conditions. Certaines ne posent pas de difficultés particulières. Elles sont au nombre de trois. Tout d'abord, le texte limite substantiellement les bénéficiaires pouvant recevoir de telles libéralités. La liste retenue correspond aux groupements jouissant de la grande capacité juridique⁷⁴¹. Ensuite, la donation doit porter sur des actifs contribuant à la réalisation de l'objet de l'organisme bénéficiaire. Il serait curieux qu'un bénéficiaire accepte une libéralité qui lui serait parfaitement inutile. L'exigence est remplie chaque fois que le bien est producteur de revenus. Enfin, la donation doit préserver les droits de l'usufruitier⁷⁴². Ce faisant, l'administration fiscale se borne à reprendre une exigence posée par la jurisprudence⁷⁴³. Le texte précise que cette condition est respectée quand bien même un mandat spécial de gestion des biens serait confié avec un tiers⁷⁴⁴, voire avec le donateur lui-même devenu nu-propriétaire⁷⁴⁵.

À côté de ces conditions, la doctrine fiscale en retient deux autres dont l'étude est plus intéressante. D'une part, *le recours au notaire est obligatoire*⁷⁴⁶. Les donations temporaires doivent respecter le formalisme notarié de l'article 931 du Code civil. De cette manière, l'instruction condamne la constitution d'usufruit temporaire par don manuel. En pratique, l'hypothèse vise principalement les donations de titres sociaux de sociétés commerciales⁷⁴⁷, en

⁷³⁹Sauf si le Comité consultatif pour la répression des abus de droit a été saisi auquel cas la preuve appartiendra à celui (de l'Administration ou du contribuable) qui ne se conforme pas à cet avis (LPF, art. 64 al. 2).

⁷⁴⁰LPF, art. 64 al. 3.

⁷⁴¹Encore que celle-ci ne tient pas compte de la réforme intervenue par la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 (V. *infra*, n° 254.).

⁷⁴²Le but est d'éviter que l'acte ne déguise une donation de fruits et revenus.

⁷⁴³La Cour de cassation rappelle que les droits de l'usufruitier vont au-delà de la simple perception des revenus et que ce dernier doit être mis en mesure de jouir et d'user du bien sûr lequel porte son usufruit. V. Civ. 1^{re}, 24 janvier 1979, n° 77-11.809, *Bull. civ. I*, n° 35. En ce sens, en matière de valeurs mobilières, la jurisprudence refuse qu'une clause statutaire prive l'usufruitier du droit de vote concernant l'affectation des bénéfices. V. Com., 31 mars 2004, n° 03-16.694, *Bull. civ. IV*, n° 70 ; *Dr. famille* 2004, comm. 66, note L. GROSCLAUDE ; *JCP N* 2004, 1303, note H. HOVASSE ; *RTD civ.* 2004, p. 542, obs. P. LE CANNU ; *JCP E* 2009, 929, note A. RABREAU ; *RTD civ.* 2004, p. 18, obs. T. REVET.

⁷⁴⁴En pratique, les organismes collectifs ont largement recours (V. L. MAZEYRIE, art. précité ; B. COSSON et D. DELMAZ, « Les atouts de la donation temporaire d'usufruit de titres à une fondation », *Dr. et patr.* 2007, n° 165, p. 20 et s.). Intéressés par les seuls revenus du bien, ils ont rarement la compétence ou les moyens d'administrer eux-mêmes les biens reçus, surtout lorsqu'il s'agit d'arbitrer un portefeuille de valeurs mobilières. Il peut également s'agir de conclusion de baux, de participation aux assemblées générales, etc.

⁷⁴⁵Du mandat spécial de gestion à la réserve générale d'administration, il n'y a qu'un pas.

⁷⁴⁶La première condition posée est donc parfaitement inutile puisque seuls les organismes jouissant de la grande capacité peuvent être bénéficiaires d'une donation notariée.

⁷⁴⁷Sur l'usufruit des droits sociaux, V. A. RABREAU, *L'usufruit des droits sociaux*, préf. J.-C. HALLOUIN, Paris : Litec, 2006, coll. « Bibliothèque de droit de l'entreprise », t. 70.

ce qu'ils sont productifs de revenus. En outre, ils peuvent, du fait de leur inscription en compte, être cédés par don manuel par un simple jeu d'écriture⁷⁴⁸, à la différence des autres biens meubles incorporels⁷⁴⁹. Reste qu'il est possible d'imaginer que certains biens meubles corporels fassent l'objet d'un droit temporaire d'usufruit par don manuel : des œuvres d'art pourraient être temporairement remises à des musées par exemple⁷⁵⁰.

D'autre part, le terme de la donation ne saurait être inférieur à une durée de trois ans. La doctrine fiscale précise qu'une telle condition ne s'applique pas à la prorogation de la donation, qui peut être affectée d'un terme plus court. Il importe de s'attarder quelques instants sur ce mécanisme. La prorogation constitue une simple modification du terme extinctif au-delà du terme initialement prévu⁷⁵¹. Il ne s'agit pas d'une nouvelle donation⁷⁵². L'avenant doit alors respecter tant les règles de fond que de forme de l'acte original⁷⁵³. La règle du parallélisme des formes⁷⁵⁴, que certains auteurs contestent⁷⁵⁵, imposerait que la modification d'une donation se fasse par acte notarié⁷⁵⁶. Une telle conclusion n'est pas sans poser des difficultés pratiques importantes⁷⁵⁷. Reste à savoir s'il est possible de renoncer conventionnellement à l'application de ce principe⁷⁵⁸.

⁷⁴⁸V. Com., 19 mai 1998, n° 96-16252, *Bull. civ. IV*, n° 161 ; D. 1998, p. 551, note D.-R. MARTIN.

⁷⁴⁹V. F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *op. cit.*, n° 542, p. 491. Adde N. PETERKA, *op. cit.*, nos 185 et s., p. 154 et s. La question posée était celle de savoir, si le don manuel de son œuvre par un auteur emporte la transmission de ses droits d'auteurs. Finalement, cela revenait à se demander si de tels droits pouvaient être transmis par don manuel. L'auteur y répond alors par la négative après avoir rejeté la théorie de l'accessoire et celle de la clause tacite de transfert.

⁷⁵⁰Le recours à la donation temporaire d'usufruit en matière d'œuvre d'art n'a aucun intérêt fiscalement puisque ces biens font l'objet d'exonérations. Ils ne sont pas compris dans l'assiette fiscale de l'impôt de solidarité sur la fortune (CGI, art. 885 I).

⁷⁵¹V. Civ. 1^{re}, 17 juillet 1980, n° 79-11.869, *Bull. civ. I*, n° 220 ; Com., 13 mars 1990, n° 88-18.251, *Bull. civ. IV*, n° 77 ; *RTD civ.* 1990, p. 464, obs. J. MESTRE ; Com., 22 octobre 1996, n° 94-13373, *Bull. civ. IV*, n° 257.

⁷⁵²La prorogation se distingue de la reconduction du contrat. Pourtant, la pratique la traite comme une nouvelle libéralité : stipulation de clauses de « renouvellement expresse » alors qu'il est évident que la prorogation ne saurait être tacite ; soumission à l'approbation du conseil d'administration du groupement bénéficiaire ; soumission à la procédure de l'article 910 du Code civil ; etc.

⁷⁵³Un donateur devenu incapable ne saurait accepter une prorogation de la donation.

⁷⁵⁴L'avenant devrait être soumis aux conditions de formes de l'acte initial (V. A. BÉNABENT, « La prolongation du contrat », *RDC* 2004, p. 117 ; A. LAUDE (dir.), « Propos sur l'avenant », *LPA* 2004, n° 117, p. 10 et s.). La jurisprudence semble avoir évolué sur cette question. Si pendant un temps, elle a appliqué ce principe quelque soit la nature de la règle de forme (pour une critique virulente, V. P.-Y. GAUTIER, « Où la Cour de cassation renoue avec le très ancien droit romain, en réintroduisant massivement le principe du parallélisme des formes dans la modification ou l'extinction des obligations contractuelles », *RTD civ.* 1996, p. 643 et s.), elle est revenue à plus d'orthodoxie pour le cantonner à la forme *ad validitatem* (V. Civ. 2^e, 6 mai 2010, n° 09-67.058, *Bull. civ. II*, n° 90 ; *Defrénois* 2010, p. 1706, obs. J.-B. SEUBE).

⁷⁵⁵V. M. GRIMALDI, « L'authenticité requise pour la validité de la renonciation au bénéfice d'une donation solennelle », *RTD civ.* 2007, p. 613 et s. ; Ph. VAN STEENLANDT, « L'arrêt du 17 octobre 2007 : un nouveau cas de nullité des donations », *JCP N* 2008, 1281, n° 14.

⁷⁵⁶V. A. BÉNABENT, art. précité ; J.-B. SEUBE, obs. ss Civ. 2^e, 6 mai 2010, *Defrénois* 2010, p. 1706 et s.

⁷⁵⁷En pratique, les frais d'actes sont généralement payés par le bénéficiaire de la donation qui se rembourse sur la perception des revenus (V. B. COSSON et D. DELMAZ, art. précité). Or, le coût de l'acte notarié est normalement calculé sur la valeur des droits transmis de sorte qu'il peut apparaître trop important par rapport aux bénéfices attendus. Les groupements sont réticents à payer ces frais à chaque renouvellement surtout si les revenus du bien sont moins importants que prévus.

⁷⁵⁸Pour un auteur tout dépendra de la question de savoir si le recours à la forme en cause est d'ordre public ou non (V. S. BECQUE-ICKOWICZ, *Le parallélisme des formes en droit privé*, préf. P.-Y. GAUTIER, Paris : Éd. Panthéon-Assas : diff. LGDJ, 2004, coll. « Thèses », n° 473, p. 351).

La donation temporaire d'usufruit est véritablement la seule institution de droit commun à présenter des difficultés lorsqu'elles réalisent une libéralité à caractère collectif. Sa présentation étant achevée, il convient de s'intéresser aux mécanismes qui sont propres aux libéralités adressées aux personnes morales au rang desquelles la libéralité adressée aux pauvres.

B. Les libéralités adressées aux pauvres

123. La validité des libéralités faites aux pauvres. L'institution de la libéralité faite aux pauvres est ancienne. Elle fait souvent l'objet d'une étude particulière dans les ouvrages au sein des libéralités à caractère collectif⁷⁵⁹. Pendant longtemps, l'hypothèse était prévue aux articles 910 et 937 du Code civil de 1804 qui visaient expressément « Les dispositions entre vifs ou par testament, au profit [...] des pauvres d'une commune ». Ce faisant, ils en admettaient implicitement la validité. La licéité de la libéralité faite aux pauvres n'a pourtant rien d'évident. « Les pauvres » ne constituent pas un groupement de personnes revêtu de la capacité juridique. Ils ne sont pas davantage clairement identifiés par le disposant. Ainsi, la libéralité qui leur est adressée pourrait être frappée de nullité comme faite au profit de personnes indéterminées.

Il n'en est rien. La jurisprudence en a toujours admis la licéité⁷⁶⁰, et cela bien au-delà des seules hypothèses prévues par ces textes⁷⁶¹. En réalité, la libéralité est destinée aux pauvres par le truchement de leur représentant. Les pauvres ont un « représentant officiel »⁷⁶², qui est un groupement personnifié et qui varie au gré des stipulations⁷⁶³. Ce représentant reçoit les biens transmis à charge d'en faire profiter les pauvres. Il s'agit toujours d'une personne morale de droit public : les « pauvres de la commune » sont représentés par le centre d'action

⁷⁵⁹V. M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 5, *Donations et testaments*, 2^e éd., par A. TRASBOT et Y. LOUSSOUARN, Paris : LGDJ, 1957, nos 889 et s., p. 1138 et s. ; J. FLOUR et H. SOULEAU, *Droit civil : Les libéralités*, par H. SOULEAU, Paris : Armand Colin, 1982, coll. « U Série Droit privé » n° 360, p. 236 ; F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *Droit civil : Les successions, les libéralités*, 3^e éd., Paris : Dalloz, 1997, coll. « Précis. Droit privé », n° 586, p. 472 (non repris dans la dernière édition).

⁷⁶⁰V. L. IMBERT, *J. Cl. civil code*, art. 910, fasc. 10 : « Donations et testaments – Capacité de recevoir des personnes morales – L'autorisation administrative – Domaine. Procédure », n° 47.

⁷⁶¹V. M. GRIMALDI, *Droit civil : Libéralités, partages d'ascendants*, Paris : Litec, 2000 note n° 260, ss n° 1121, p. 104.

⁷⁶²V. R. CASSIN, *Droit civil approfondi et comparé : les libéralités avec charge et les fondations*, Paris : les Cours de droit, 1939, p. 172.

⁷⁶³V. F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 586, p. 472 (non repris dans la dernière édition). Adde Ph. MALAURIE et C. BRENNER, *Les successions, Les libéralités*, 6^e éd., Issy-les-Moulineaux : Defrénois-Lextenso éd., 2015, coll. « Droit civil », n° 329, p. 168.

sociale⁷⁶⁴ ; les « pauvres du département » le sont par le conseil général ; les « pauvres de la région » le sont par le conseil régional ; quant aux « pauvres de France » ou de la nation, il appartient au ministère de l'Intérieur, donc à l'État, de les représenter⁷⁶⁵.

Si une loi de simplification du droit a supprimé la référence à ces libéralités au sein du Code civil⁷⁶⁶, elle ne les a pas pour autant interdites⁷⁶⁷. Adressées aux pauvres par le truchement de l'État, d'une collectivité territoriale ou de leurs établissements, ces libéralités doivent être acceptées par ces derniers conformément aux dispositions qui leur sont applicables⁷⁶⁸. Dans la mesure où ces dispositions sont dérogatoires à celles du Code civil, le législateur a jugé obsolète le maintien de la référence aux libéralités aux pauvres en son sein⁷⁶⁹.

Si ces libéralités sont séculaires, d'autres sont plus récentes. Il s'agit notamment de l'engagement sur un programme d'action pluriannuel.

C. L'engagement sur un programme d'action pluriannuel

124. Engagements sur un programme d'action pluriannuel et fondations d'entreprise.

La notion d'engagement sur un programme d'action pluriannuel est des plus spécifiques⁷⁷⁰. Propre aux libéralités à caractère collectif, un tel engagement ne se conçoit que du côté des fondations d'entreprise. Le législateur a toujours imposé aux fondateurs d'une fondation d'entreprise de s'engager à lui effectuer des versements au cours de sa vie selon « un programme d'action pluriannuel dont le montant ne peut être inférieur à une somme fixée par voie réglementaire » et dont le versement peut être fractionné sur une période de cinq ans maximum⁷⁷¹, ce qui correspond au terme minimum d'une fondation d'entreprise⁷⁷². En cas de prorogation de la fondation d'entreprise, les fondateurs doivent s'engager sur un nouveau programme d'action⁷⁷³. Les engagements ainsi pris constituent de véritables « engagements

⁷⁶⁴Faute de désignation particulière, il est admis que le legs aux pauvres est destiné aux pauvres de la commune. Reste la difficulté de déterminer la commune de rattachement (V. M. PLANIOL et G. RIPERT, *op. cit.*, n° 890, p. 1139).

⁷⁶⁵V. L. IMBERT, *op. cit.*, n°s 48 et s.

⁷⁶⁶L. n° 2009-526 du 12 mai 2009, art. 111.

⁷⁶⁷V. Ph. MALAURIE et C. BRENNER, *op. cit.*, n° 329, p. 168.

⁷⁶⁸V. *infra*, n°s 272. et 278.

⁷⁶⁹V. Rapp. AN 2008, n° 1145, p. 118.

⁷⁷⁰V. V. GUEDJ, *Essai sur le régime juridique des fondations*, thèse de doctorat, Paris : Université de Paris II, 1999, n°s 353 et s., p. 231 et s.

⁷⁷¹L. n° 87-571 du 23 juillet 1987, art. 19-1 et 19-7. Le seuil est fixé à 150 000 € (D. n° 91-1005 du 30 septembre 1991, art. 7)

⁷⁷²V. *supra*, n° 88.

⁷⁷³L. n° 87-571 du 23 juillet 1987, art. 19-2.

financiers »⁷⁷⁴. Afin de garantir le versement, les engagements pris sont garantis par une caution bancaire⁷⁷⁵.

De tels versements constituent la majorité des ressources des fondations d'entreprise depuis que le législateur a supprimé l'obligation d'une dotation initiale⁷⁷⁶. De surcroît, de tels engagements sont la condition *sine qua non* de l'admission de fondations de flux⁷⁷⁷.

L'engagement sur un programme d'action pluriannuel n'est pas le seul mécanisme récent permettant de réaliser une libéralité à caractère collectif. Il faut également compter sur les donations dites « innovantes ».

D. Les donations innovantes

125. Des innovations créées par la pratique. Afin de développer les libéralités à caractère collectif, la pratique ne cesse d'innover. Les nouvelles formes de dons manuels développées pour les appels à la générosité du public illustre cette tendance⁷⁷⁸. Il en existe d'autres manifestations. Ce sont des *donations innovantes*. Plusieurs rapports leur ont récemment été consacrés⁷⁷⁹. Il convient d'évoquer rapidement les mécanismes les plus usités. Certains constituent des abandons de droits en faveur de groupements à but non lucratif⁷⁸⁰. Ce sont de véritables *donations indirectes*⁷⁸¹ dont la source peut être recherchée dans une stipulation pour autrui. Chaque fois, le bienfaiteur abandonne une partie de ses revenus futurs⁷⁸². Il peut renoncer à une partie de son salaire au profit d'un organisme désigné par l'entreprise⁷⁸³ – *don sur salaire*. Il peut également abandonner les revenus de son épargne au bénéfice d'un groupement partenaire désigné par l'établissement bancaire⁷⁸⁴ – *livret d'épargne de partage*,

⁷⁷⁴V. M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1715, p. 527.

⁷⁷⁵L. n° 87-571 du 23 juillet 1987, art. 19-7, al. 3.

⁷⁷⁶V. *supra*, n° 86.

⁷⁷⁷CE, *Rendre plus attractif le droit des fondations*, Paris : la Documentation française, 1997, coll. « Les études du Conseil d'État », p. 33. Sur cette notion, V. *supra*, n° 86.

⁷⁷⁸V. *supra*, n° 118.

⁷⁷⁹V. G. DUFOUR et R. VABRES, « Les dons « oubliés », les dons innovants : étude juridique et fiscale », Rapport au Ministre de la vie associative, non publié, 2012 ; C. OLIVIER (dir.), *Les financements innovants des associations et fondations : états des lieux et perspectives*, non publié, 2013.

⁷⁸⁰Sur la différence entre l'abandon à un droit et la renonciation, V. M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1134, p. 265. *Adde* A. PONSARD, *op. cit.*, p. 134.

⁷⁸¹Ce sont des abandons de revenus ou produits ouvrant droit à l'avantage fiscal prévu par l'article 200, alinéa 1^{er} du Code général des impôts (V. BOI-IR-RICI-250-20-20120912, n° 130).

⁷⁸²La possibilité de renoncer à des créances futures a pu être débattue (V. S. LESSONA, « Essai d'une théorie générale de la renonciation en droit civil », *RTD civ.* 1912, p. 361 et s. ; P. RAYNAUD, « La renonciation à un droit, sa nature et son domaine en droit civil » *RTD civ.* 1936, p. 763 et s.).

⁷⁸³V. G. DUFOUR et R. VABRES, *op. cit.*, p. 48 et s.

⁷⁸⁴V. *ibidem*, p. 54 et s.

ou ses dividendes – *fonds de partage*⁷⁸⁵. La stipulation pour autrui se greffe donc sur un contrat principal : le bienfaiteur, stipulant, obtient du promettant qu'il verse une partie des fruits lui revenant, à un tiers bénéficiaire. Parmi les *produits financiers solidaires*⁷⁸⁶, il existe encore la *carte bancaire de partage*. Elle permet de développer le mécénat des établissements financiers⁷⁸⁷ : l'établissement émetteur de la carte s'engage à réaliser un micro-don chaque fois que son titulaire s'en sert.

126. Conclusion de la Section. Afin de soutenir l'œuvre poursuivie par une personne morale, différentes techniques permettent de réaliser des libéralités-participation. Certaines constituent des libéralités sollicitées en ce qu'elles sont réalisées à la suite d'un appel au soutien du public, d'autres réalisent des libéralités spontanées. Alors que les premières empruntent nécessairement la forme d'un don manuel, les libéralités spontanées sont plus variées. À l'image des libéralités à caractère collectif, les libéralités-participation se distinguent par leur importante diversité. À l'heure actuelle, la grande variété des libéralités à caractère collectif n'est pas pleinement prise en compte. De nombreuses institutions se voient, en effet, refuser cette qualification alors qu'elles en réunissent les éléments essentiels. À l'inverse, certaines opérations se voient reconnaître cette qualification alors qu'elles s'en éloignent. En d'autres termes, la qualification de libéralité-participation peut être contestée.

Section II. La qualification libérale contestée

Parmi les opérations dont peuvent être bénéficiaires les personnes morales, la qualification de libéralité peut être discutée pour plusieurs d'entre elles. Certaines réalisent de véritables libéralités alors même que la jurisprudence et la doctrine leur refusent cette qualification. Au contraire, d'autres mécanismes n'en sont pas et la loi ou la pratique les appréhendent comme des libéralités.

Finalement, la question des libéralités contestées commande de distinguer les vraies libéralités (§1), des fausses libéralités (§2).

⁷⁸⁵V. *ibid*, p. 58 et s. Adde I. RIASSETTO, « Finance alternative : quels fonds d'investissement pour quelles aspirations ? », *RD bancaire et fin.* 2013, n° 3, p. 28 et s., n°s 43 et s.

⁷⁸⁶Que sont les livrets d'épargne solidaire et les fonds de partage (V. G. DUFOUR et R. VABRES, *ibid*, p. 52).

⁷⁸⁷V. G. DUFOUR et R. VABRES, *op. cit.*, p. 52 et s.

§1. Les vraies libéralités

Plusieurs institutions doivent être requalifiées en libéralité. Elles sont au nombre de quatre : l'assurance-vie aux fins de placement (A), les apports aux associations (B), le parrainage culturel (C) et les subventions (D).

A. L'assurance-vie aux fins de placement

127. Débats autour de la nature de l'assurance-vie aux fins de placement. Si elles ne sont pas propres à notre matière, les assurances-vies, dites de placement, méritent une attention particulière. Il n'est pas rare, en effet, qu'en pratique un groupement à but non lucratif soit désigné comme bénéficiaire de celles-ci⁷⁸⁸. Ces assurances reposent sur un contrat en vertu duquel « l'assureur s'engage à verser à l'assuré, s'il est en vie au terme du contrat ou, s'il meurt avant, au bénéficiaire qu'il aura désigné, un capital qui, dans les deux cas, sera égal au montant des primes accumulées, majoré des produits financiers et diminué des frais de gestion »⁷⁸⁹. La nature de ce contrat n'est pas sans poser de difficultés. En règle générale, la Cour de cassation refuse d'y voir une véritable libéralité et ne le soumet pas au droit des successions. Pour retenir sa solution, la Cour se fonde sur un article du Code des assurances selon lequel⁷⁹⁰ :

le capital ou la rente payables au décès du contractant à un bénéficiaire déterminé ne sont soumis ni aux règles du rapport à succession, ni à celles de la réduction pour atteinte à la réserve des héritiers du contractant.

La même règle est retenue s'agissant des sommes versées au titre des primes par l'assuré⁷⁹¹. En d'autres termes, l'assurance-vie ne réaliserait pas une libéralité. Loin d'emporter la conviction de toute la doctrine, il a été proposé de limiter ce texte aux seuls contrats d'assurance-vie dits de « prévoyance » et non à ceux dits de « placement »⁷⁹². Insensible à

⁷⁸⁸Pour une illustration jurisprudentielle, V. Civ. 2^e, 28 juin 2012, n° 11-14.662, *Inédit*, visant cinq contrats d'assurance-vie au bénéfice de la SPA.

⁷⁸⁹V. M. GRIMALDI, « L'assurance-vie et le droit des successions », *Deffrénois* 2001, art. 37276, n° 2.

⁷⁹⁰C. ass., art. L. 132-13, al. 1^{er}.

⁷⁹¹C. ass., art. L. 132-13, al. 2.

⁷⁹²C'est la thèse dite du « particularisme » (V. M. GRIMALDI, art. précité, n° 13). Pour une réforme de cette disposition, une proposition du 96^e Congrès des notaires de France défend l'ajout d'un alinéa à l'article L. 132-13 du Code des assurances selon lequel « dans la mesure où, en vertu des dispositions du contrat, le capital assuré représente la valeur acquise des primes versées, le capital perçu par le bénéficiaire est soumis aux règles du rapport et de la réduction » (V. *Deffrénois* 2000, Act. p. 114). D'autres auteurs ont défendu que de tels contrats n'étaient tout simplement pas des contrats d'assurance-vie. Il s'agit de la thèse dite de la « disqualification générale » (*Contra* J. GHESTIN et M. BILLAU, « Contre la requalification des contrats d'assurance-vie en contrats de capitalisation », *JCP* 2001, I 329). Sur ces doctrines, V. M. GRIMALDI,

cette thèse, la Haute juridiction l'a réfutée par quatre arrêts rendus en Chambre mixte le 23 novembre 2004⁷⁹³. Pour la Cour de cassation :

le contrat d'assurance dont les effets dépendent de la durée de la vie humaine comporte un aléa au sens [de l'article 1964 du Code civil et des articles du Code des assurances] et constitue un contrat d'assurance sur la vie [de sorte qu'en disant] que le contrat [...] était un contrat de capitalisation et non un contrat d'assurance sur la vie, l'arrêt retient que la survie [du souscripteur] était dénuée d'influence sur l'existence et le montant des versements effectués en exécution du contrat, seule l'identité de ses bénéficiaires pouvant être affectée par l'éventualité d'un décès du souscripteur, que l'exécution de la prestation de l'assureur et le montant des sommes devant être versées par lui étaient indépendantes de la durée de la vie de l'assuré [...] la cour d'appel a violé les textes susvisés.

Fondé sur un aléa, la vie du souscripteur, le contrat d'assurance-vie aux fins de capitalisation ne pourrait recevoir la qualification de libéralité⁷⁹⁴.

Pour autant, certaines exceptions viennent diminuer la rigueur de la solution retenue en droit positif. D'abord, le Code des assurances lui-même vient poser un tempérament. Selon les termes même du texte précité, les règles qu'ils posent ne s'appliquent pas aux sommes versées par le contractant à titre de primes lorsque celles-ci ont été « manifestement exagérées eu égard à ses facultés »⁷⁹⁵. Dans ce cas, les primes sont réintégrées dans la succession. Ensuite, la Cour de cassation a posé une seconde limite dans un important arrêt de Chambre mixte du 21 décembre 2007⁷⁹⁶. Selon la Haute juridiction :

un contrat d'assurance-vie peut être requalifié en donation si les circonstances dans lesquelles son bénéficiaire a été désigné révèlent la volonté du souscripteur de se dépouiller de manière irrévocable ; que la cour d'appel, qui a retenu que [le souscripteur] qui se savait, depuis 1993, atteint d'un cancer et avait souscrit en 1994 et 1995 des contrats dont les primes correspondaient à 82 % de son patrimoine, avait désigné, trois jours avant son décès, comme seule bénéficiaire la personne qui était depuis peu sa

art. précité, n° 6 et s.

⁷⁹³Mix., 23 novembre 2004, n° 03-13.673, n° 02-175.07, n° 01-13.592, n° 02-11.352, *Bull. Mix.*, n° 4 ; *RDC* 2005, p. 297, obs. A. BÉNABENT ; *JCP G* 2005, I 111, note J. GHESTIN ; *RTD civ.* 2005, p. 434, obs. M. GRIMALDI ; *LPA* 2005, n° 10, p. 6, note Ph. GROSJEAN ; *Dr. famille* 2005, étude 6, obs. H. LÉCUYER. *Contra Civ.* 1^{re}, 20 juillet 2000, n° 97-21.535, *Bull. civ.* I, n° 213.

⁷⁹⁴Adde Ph. PIERRE, « Aléa et qualification du contrat d'assurance-vie », in *L'aléa*, Journées nationales, Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Paris : Dalloz, 2011, coll. « Thèmes et commentaires », t. 14, p. 51 et s.

⁷⁹⁵C. ass., art. L. 132-13, al. 2, *a contrario*. Pour une illustration en notre matière, V. Civ. 2^e, 28 juin 2012, précité. La Cour de cassation casse et annule l'arrêt d'appel pour avoir refusé de retenir le caractère exagéré des primes « sans avoir égard à la situation patrimoniale [...] au moment du versement ».

⁷⁹⁶V. Mix., 21 décembre 2007, n° 06-12.769, *Bull. Mix.*, n° 13 ; *Dr. famille* 2008, comm. 30, note B. BEIGNIER ; *D.* 2008, p. 1314, obs. F. DOUET ; *RTD civ.* 2008, p. 137, obs. M. GRIMALDI ; *JCP E* 2008, 1265, note S. HOVASSE ; *JCP N* 2008, 122, note Ph. PIERRE et R. GENTILHOMME. Pour une illustration en matière de libéralité à caractère collectif, V. Civ. 1^{re}, 26 octobre 2011, n° 10-24.608, *Inédit* ; *RGDA* 2012, p. 407, note L. MAYAUX.

légataire universelle, a pu en déduire, en l'absence d'aléa dans les dispositions prises, le caractère illusoire de la faculté de rachat et l'existence chez l'intéressé d'une volonté actuelle et irrévocable de se dépouiller ; qu'elle a exactement décidé que l'opération était assujettie aux droits de mutation à titre gratuit.

Finalement, un contrat d'assurance-vie doit être requalifié en donation lorsque « les circonstances, dans lesquelles son bénéficiaire a été désigné, révèlent la volonté du souscripteur de se dépouiller de manière irrévocable ». Le Conseil d'État retient la même solution⁷⁹⁷. Tout est alors affaire de circonstances⁷⁹⁸. Enfin, la jurisprudence a admis que le souscripteur pouvait faire échec à ce texte en prévoyant que le bénéfice de l'assurance-vie est soumis aux règles du rapport et de la réduction⁷⁹⁹.

128. Dépassement des débats. Il n'est pas question ici de reprendre les nombreux débats alimentés autour de la qualification et du régime de l'assurance-vie aux fins de placement. Ils ont déjà fait l'objet de nombreuses études⁸⁰⁰. Avec de nombreux auteurs, il convient d'admettre que de tels contrats peuvent s'analyser en une libéralité⁸⁰¹. La durée de la vie du souscripteur, supposée constituer un aléa, ne crée aucune chance de gain ou de perte du souscripteur ou de l'assureur⁸⁰². De surcroît, en désignant une personne morale comme bénéficiaire d'un tel contrat, le souscripteur est nécessairement animé d'une intention libérale à son égard. Quant à l'élément matériel, il est caractérisé par l'abandon des primes versées. La pratique en est parfaitement consciente. Aussi, est-il possible de lire qu'une fondation abritée peut recevoir des « libéralités [qui sont] effectuées sous forme de don manuel, donation, legs ou contrats d'assurance-vie »⁸⁰³. Dans la mesure où l'assurance-vie produit ses

⁷⁹⁷CE, 19 novembre 2004, *Département de l'Allier*, n° 254797 ; RDC 2005, p. 302, obs. A. BÉNABENT ; JCP N 2005, 1207, concl. C. DEVYS ; *Deffrénois* 2006, p. 43, note F. SAUVAGE ; CE, 6 février 2006, n° 259385 ; CE, 21 octobre 2009, *Bertoni c/ département de Seine St Denis*, n° 316881.

⁷⁹⁸V. P. CATALA, « Assurance-vie, capitalisation, donation – variations civiles et fiscales », in *Fiscalité et entreprise, politiques et pratiques : Liber amicorum Jean-Pierre Le Gall*, Paris : Dalloz, 2007, p. 153 et s. Adde Ph. BAILLOT, « Les aléas de l'aléa en assurance-vie », in *L'aléa*, Journées nationales, Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Paris : Dalloz, 2011, coll. « Thèmes et commentaires », t. 14, p. 23 et s.

⁷⁹⁹V. Civ. 1^{re}, 8 juillet 2010, n° 09-12.491, *Bull. civ. I*, n° 170 ; RTD civ. 2010, p. 167, obs. M. GRIMALDI ; JCP N 2010, 1371, note S. HOVASSE ; *Gaz. Pal.* 2010, n° 358-359, p. 36, obs. X. LEDUCQ ; *RD bancaire et fin.* 2010, comm. 221, note F. SAUVAGE.

⁸⁰⁰V. T. MILCAMPS et F. BERDOT, « Attribution à titre gratuit du bénéfice de l'assurance sur la vie et droit des libéralités », in *Études offertes à André Besson*, Paris : LGDJ, 1976, p. 235 et s. ; J.-L. FOURQUIN, *Assurance-vie et succession*, préf. J.-Y. MAHÉ, Aix-en-Provence : PUAM, 1981, coll. « Travaux et mémoires » ; H. LÉCUYER, « Assurance-vie, libéralité et droit des successions : retour sur une question controversée », *Dr. famille* 1999, p. 656 et s. ; C. BÉGUIN, *Les contrats d'assurance sur la vie et le droit patrimonial de la famille*, thèse de doctorat en droit, Paris : Université Paris II, n°s 658 et s., p. 753 et s. ; C. VERNIÈRES, *Les libéralités à trois personnes*, thèse de doctorat en droit, Paris : Université de Paris II, 2012, n°s 546 et s., p. 445 et s.

⁸⁰¹V. C. BÉGUIN, *op. cit.*, n°s 694 et s., p. 806 et s. ; C. VERNIÈRES, *op. cit.*, n° 558, p. 455. Adde G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil : Les successions et les libéralités*, par P. RAYNAUD, Paris : Sirey, 1983, n° 538, p. 416.

⁸⁰²V. M. GRIMALDI, art. précité, n° 10.

⁸⁰³V. Conditions générales de création et de fonctionnement des fonds au sein de la Fondation de France, art. 7, 3, a, I (Annexe 5).

effets au décès du souscripteur et qu'elle fait intervenir un intermédiaire (l'assureur), plutôt qu'une donation indirecte⁸⁰⁴, une véritable opération fiduciaire *mortis causa* peut être caractérisée⁸⁰⁵.

En règle générale, l'intérêt de ce type de placement est avant tout fiscal puisque les sommes placées dans les contrats d'assurance vie ne font pas partie de l'actif taxable de la succession et ne sont pas assujetties aux droits de mutation. L'assurance vie apparaît donc extrêmement attractive pour transmettre une partie de son patrimoine⁸⁰⁶. À cet égard, l'assurance vie est particulièrement intéressante pour des organismes non exonérés de droits de mutation à titre gratuit. Ils sont nombreux⁸⁰⁷. En revanche, le dénouement du contrat étant la mort du souscripteur, le bienfaiteur ne peut pas bénéficier des avantages fiscaux associés au mécénat entre vifs au moment du versement des primes⁸⁰⁸.

Par ailleurs, l'intérêt d'avoir recours à une assurance vie est également civil. D'abord, l'assurance-vie permet au gratifié de contourner les règles de la réserve héréditaire et du rapport⁸⁰⁹. Ensuite, l'assurance vie permet, sans doute, de déjouer les règles relatives à la capacité de recevoir des libéralités⁸¹⁰ : des groupements dépourvus de la grande capacité juridique peuvent logiquement recevoir par ce procédé ce qui leur est interdit par voies de libéralités⁸¹¹. Dans ce cas, il est donc particulièrement regrettable de ne pas appliquer à ces contrats les règles d'ordre public du droit successoral.

L'assurance-vie aux fins de placement n'est pas la seule institution dont les contours au regard de la qualification de libéralité sont incertains. Il en va de même des apports aux associations.

⁸⁰⁴V. T. MILCAMPS et F. BERDOT, art. précité ; M. GRIMALDI, art. précité, n° 22 ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 4, *Successions, Libéralités*, 5^e éd. par L. LEVENEUR et S. MAZEAUD-LEVENEUR, Paris : Montchrestien, 1999, n° 1475, p. 662 ; S. HOVASSE, « La clause bénéficiaire en assurance-vie à l'épreuve de la réforme du divorce et des libéralités », *JCPG* 2007, I 150, n° 9 ; P. CATALA, art. précité, n° 12 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Droit civil : Les successions, les libéralités*, 4^e éd., Paris : Dalloz, 2014, coll. « Précis. Droit privé », n° 577, p. 516.

⁸⁰⁵V. *infra*, n° 220.

⁸⁰⁶Un auteur fait alors remarquer que rien n'empêcherait de conserver l'avantage fiscal lié à ces mécanismes tout en les soumettant au droit des successions fondé sur l'autonomie du droit fiscal et sur un principe de faveur pour l'épargne à long terme (V. M. GRIMALDI, « Réflexions sur l'assurance-vie et le droit patrimonial de la famille », *Deffrénois* 1994, art. 35841, n° 24).

⁸⁰⁷V. *infra*, n° 198.

⁸⁰⁸Sur ces avantages, V. *infra*, n° 190, et s.

⁸⁰⁹En pratique, certains organismes n'hésitent pas à mettre expressément en avant un tel avantage.

⁸¹⁰V. T. MILCAMPS et F. BERDOT, art. précité.

⁸¹¹V. P. DAUBAS et S. BIGOT de LA TOUANNE, *Collecte de fonds et philanthropie : droit et fiscalité*, Lyon : Juris éd., 2009, coll. « Le Juri'Guide », n° 11.11, p. 324.

B. Les apports aux associations

129. Apport et donation déguisée. Au côté de l'assurance-vie aux fins de placement, il est possible d'avoir recours à d'autres mécanismes pour soutenir l'œuvre poursuivie par une association aux rangs desquels l'apport⁸¹². Cette institution, aussi originale que courante, ressemble à s'y méprendre à une donation entre vifs⁸¹³. De prime abord, il peut sembler logique que la jurisprudence y voit de temps à autre une donation déguisée⁸¹⁴. Il est pourtant curieux de rechercher à déceler dans l'apport une quelconque simulation, c'est-à-dire un mensonge⁸¹⁵ ; il constitue en toute hypothèse une libéralité. L'apporteur en a pleinement conscience et ne cherche nullement à simuler son acte. Toutefois, la qualification de libéralité lui est refusée. Les raisons d'un tel refus doivent être réfutées.

Une présentation des apports aux associations (1) est un préalable nécessaire à la réfutation des obstacles à la qualification de libéralité (2).

1. Présentation

Deux traits caractérisent l'apport. D'abord, il n'est pas consubstantiel à l'association ; il n'est pas obligatoire. Il s'agit d'une simple faculté. Ensuite, la dissolution peut conduire, dans certaines hypothèses, à une reprise de l'apport. Il ne faut pas en déduire trop vite que l'apport n'a qu'un caractère temporaire ou qu'il n'est pas définitif. D'une part, la reprise d'apport n'est pas systématique. D'autre part, dans la mesure où l'association peut être constituée pour une durée indéterminée, elle pourrait ne jamais faire l'objet d'une dissolution et l'apport n'être jamais repris. L'apporteur n'est pas certain de pouvoir récupérer son bien ; la reprise est incertaine.

Finalement, l'apport se caractérise par deux éléments : une simple faculté d'une part (a) ; une reprise incertaine d'autre part (b).

⁸¹²V. F. GÉNY, « Les apports en immeubles aux associations déclarées et non reconnues d'utilité publique », *RTD civ.* 1930, p. 653 et s. ; J. HARDOIN, *Les apports aux associations de la loi du 1^{er} juillet 1901*, Paris : Dalloz, 1933 ; J.-H. BERGER, *Le régime fiscal des apports aux associations de la loi du 1^{er} juillet 1901*, Paris : R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1937 ; G. DELESALLE, *Les apports aux associations*, Paris : Jouve, 1944 ; P. POTENTIER, « L'apport aux associations », *JCP N* 1997, I 831.

⁸¹³V. M. BÉHAR-TOUCHAIS et C. LEGROS, *Rép. civ. dalloz, v^o Association*, n^o 60, pour lesquelles il est très délicat de distinguer les deux.

⁸¹⁴V. Civ. 1^{re}, 24 février 1976, n^o 74-10.990, *Bull. civ. I*, n^o 80 ; Civ. 1^{re}, 8 décembre 1982, *Inédit* ; *Gaz. Pal.* 1983, n^o 1 p. 65 ; Civ. 1^{re}, 1^{er} mars 1988, n^o 86-13.158, *Bull. civ. I*, n^o 52 ; *RTD com.* 1988, p. 464, obs. E. ALFANDARI et A. JEANTIN ; *JCP G* 1988, II 21373, obs. M. BÉHAR-TOUCHAIS.

⁸¹⁵La simulation est au cœur de la donation déguisée. V. *infra*, n^o 336.

a. Une simple faculté

130. Le caractère non obligatoire de l'apport. Comme chacun sait, la reconnaissance des associations remonte à la grande loi du 1^{er} juillet 1901. Or, celle-ci ne fait aucune référence à l'apport. Au contraire, elle définit l'association comme « la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun, d'une façon permanente, leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices »⁸¹⁶. Aucune affectation de biens n'est imposée. L'apport en nature ne saurait être une condition de validité du contrat d'association⁸¹⁷. Pour autant, l'apport n'est pas inconnu en 1901. Le décret d'application de la loi y fait expressément mention à propos de la dissolution de l'association⁸¹⁸ : les apports peuvent être repris par leur apporteur. Ce faisant, il consacre implicitement leur validité. Depuis l'institution a fait l'objet d'une double reconnaissance : d'abord par la jurisprudence⁸¹⁹, ensuite par la loi fiscale en matière d'apports immobiliers⁸²⁰.

Une fois l'existence des apports aux associations admise, il faut bien comprendre que ceux-ci sont facultatifs puisqu'ils ne sont pas imposés comme condition de validité du contrat d'association. En cela, ils se distinguent des apports aux sociétés qui s'imposent en vertu de l'article 1832 du Code civil. De la même manière, l'association, groupement de personnes, se différencie des fondations, groupements de biens, qui nécessitent, en principe, une dotation initiale⁸²¹.

Si la réglementation de 1901 s'intéresse à l'apport ce n'est que sous l'angle de sa reprise en cas de dissolution de l'association. Une telle reprise n'est pas automatique.

⁸¹⁶L. du 1^{er} juillet 1901, art. 1^{er}.

⁸¹⁷À la différence des apports en industrie pour certains auteurs. La mise en commun des connaissances et activités imposerait leur reconnaissance (V. J. HARDOIN, *op. cit.*, n° 63, p. 102 ; C. LARONDE-CLÉRAC, *J.-Cl. civil annexes* 2008, v° *Associations*, fasc. 10 : « Généralités » n° 23 ; M. BÉHAR-TOUCHAIS et C. LEGROS, *op. cit.*, n° 17). À l'instar des apports en nature, il a été soutenu que l'association pourrait bénéficier d'apports en jouissance (V. P. POTENTIER, art. précité, n°s 49 et s. ; J. MONNET, « Les effets des apports en association », *Actes prat. ing. sociétaire*, 2001, n° 58, p. 33 et s.). Sur ces derniers, V. N. PETERKA, « Réflexions sur la nature juridique de l'apport en jouissance », *Bull. Joly Sociétés* 2000, p. 361.

⁸¹⁸D. du 16 août 1901, art. 15.

⁸¹⁹V. Civ. 20 janvier 1930, *S.* 1930, 1, p. 281, obs. F. GÉNY ; CA Lyon, 8 juin 1971, *D.* 1971, p. 555, note M. CHAVRIER ; Civ. 1^{re}, 4 novembre 1982, *Inédit* ; *Rev. Sociétés*, 1983, p. 826, obs. G. SOUSI ; CE, 25 octobre 1961, *Gaz. Pal.* 1962, p. 163. Plus récemment, V. Civ. 1^{re}, 28 mai 2015, n° 14-19.181, *Inédit*.

⁸²⁰L'article 809-I, 2° du CGI résultant de l'article 9 de la loi de finance pour 1936 du 31 décembre 1935 taxe les apports aux associations de la même manière que les apports aux sociétés. La loi vient ainsi briser la jurisprudence antérieure. V. F. GÉNY, art. précité, n°s 18 et s.

⁸²¹V. *supra*, n° 86.

b. Une reprise incertaine

131. L'absence d'automatisme de la reprise d'apport : une reprise conventionnelle. Le mécanisme de la reprise d'apport est celui en vertu duquel l'apporteur d'un bien à une association peut le récupérer en cas de dissolution de celle-ci. Cette possibilité est envisagée par l'article 15 du décret du 16 août 1901 qui s'intéresse à la question de la dissolution de l'association dans les termes suivants :

Lorsque l'assemblée générale est appelée à se prononcer sur la dévolution des biens, quel que soit le mode de dévolution, elle ne peut, conformément aux dispositions de l'article 1^{er} de la loi du 1^{er} juillet 1901, attribuer aux associés, en dehors de la reprise des apports, une part quelconque des biens de l'association.

En d'autres termes, l'assemblée générale peut autoriser la reprise des apports au moment de la dissolution. Elle en apprécie l'opportunité et peut la refuser. La reprise a un caractère facultatif et discrétionnaire⁸²². Faute de reprise, l'apport suit le sort des autres biens de l'association et intègre le boni de liquidation⁸²³.

Cependant, la disposition susvisée n'est pas d'ordre public. La jurisprudence admet qu'une clause contraire soit stipulée. Ainsi, la reprise peut résulter soit d'une clause de l'acte d'apport, soit des statuts de l'association. Dans tous les cas, la reprise des apports a une nature conventionnelle⁸²⁴. Il en ressort que le droit des associations ne consacre pas de « droit de reprise ». L'institution n'en est pas moins courante tant il est fréquent que cette reprise soit stipulée⁸²⁵. Elle apparaît alors comme une « issue naturelle »⁸²⁶.

132. Une affectation de propriété ? S'intéressant à la nature de l'apport, le Doyen GÉNY voit, dans le mécanisme de sa reprise, la manifestation de l'intention de l'apporteur⁸²⁷. Celle-ci « se ramènerait à une *simple affectation de sa propriété* [...] qui n'a sa raison d'être que dans l'existence et le fonctionnement de l'association, et qui hors de là, laisse réapparaître le droit non complètement abandonné du propriétaire. »⁸²⁸ Finalement pour l'auteur, l'apport

⁸²²La Cour de cassation l'a implicitement affirmé quand elle admet la validité de la délibération d'une assemblée générale ayant refusé la reprise. V. Civ. 1^{re}, 4 novembre 1982, précité.

⁸²³V. *infra*, n° 154.

⁸²⁴Sur la nature conventionnelle des délibérations d'assemblée générale. V. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, 16^e éd., Paris : Sirey, 2014, coll. « Sirey Université. Série Droit privé », n° 506, p. 520.

⁸²⁵V. M. BÉHAR-TOUCHAIS et C. LEGROS, *op. cit.*, n° 63.

⁸²⁶V. G. CORNU, obs. ss CA Rennes, 8 octobre 1969, *RTD civ.* 1970, p. 372.

⁸²⁷F. GÉNY, art. précité, n° 10. On notera que l'auteur ne s'intéresse qu'aux apports immobiliers.

⁸²⁸Nous soulignons. Comp. S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, préf. R. NERSON, Paris : LGDJ, 1976, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 145, n°s 197 et s., p. 169 et s. (évoquant une « affectation spéciale »).

n'emporterait pas transfert de propriété⁸²⁹, mais simplement constitution d'un droit réel nouveau qui permettrait de transmettre à l'association tous les caractères de la propriété mais non la propriété elle-même⁸³⁰.

La reconnaissance d'un droit réel nouveau ne pose pas en soi de difficultés. La jurisprudence a depuis longtemps reconnu l'absence de *numerus clausus* en matière de droits réels⁸³¹. La doctrine y est largement favorable⁸³². Simplement, il est enseigné que les droits réels portant sur la chose d'autrui sont par définition *temporaires* à l'exception des servitudes⁸³³. Ce caractère s'impose, en effet, « à raison du caractère fondamental du droit de propriété »⁸³⁴. L'institution de l'apport paraît inconciliable avec celui-ci. Adressé à une structure pérenne pouvant être créée pour une durée indéterminée, l'apport pourrait ne jamais faire retour dans le patrimoine de l'apporteur ou de ses ayants-cause. En cela, il n'est pas par essence temporaire. Le droit réel défendu pourrait être une coquille vide. Dès lors, la thèse du Doyen GÉNY devrait être tenue en échec.

Pourtant, la Cour de cassation, dans un arrêt du 31 octobre 2012 *Maison de la Poésie*, a largement tempéré cette exigence⁸³⁵. Dans cette affaire, un droit réel avait été établi au profit d'une fondation pour toute la durée de son existence. La Haute juridiction refuse d'y appliquer le terme trentenaire des articles 619 et 625 du Code civil. La portée de sa décision n'est pas évidente. D'aucuns estiment qu'une telle prévision revient à consacrer la perpétuité du droit réel en cause⁸³⁶. Nous les rejoignons d'autant plus que la vocation traditionnelle des fondations est d'être perpétuelle⁸³⁷. Cependant, certains auteurs prétendent que cette prévision

⁸²⁹Sauf stipulation contraire.

⁸³⁰Adde S. GUINCHARD, *op. cit.*, n° 305, p. 258.

⁸³¹V. Req., 13 février 1834, *Caquelard c/ Lemoine* ; H. CAPITANT, F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 1, *Introduction, personnes, famille, biens, régimes matrimoniaux, successions*, 13^e éd., Paris : Dalloz, 2015, coll. « Grands arrêts », n° 66, p. 403.

⁸³²Pour une étude complète de la question, V. F. ZÉNATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, 3^e éd., Paris : PUF, 2008, coll. « Droit fondamental. Classique », n° 313, p. 473. Comp. H. PERINET-MARQUET (dir.), *Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, Paris : Litec, 2009, coll. « Carré droit », proposant la création d'un droit réel de jouissance spécial au sein du Code civil (art. 608 et s.). Adde F. ZÉNATI-CASTAING, « La proposition de refonte du livre II du code civil », *RTD civ.* 2009, p. 211 et s., pour lequel ce droit n'est rien d'autre qu'un droit d'usage.

⁸³³V. F. ZÉNATI-CASTAING et T. REVET, *op. cit.*, n° 301, p. 464.

⁸³⁴V. *ibidem*.

⁸³⁵Civ. 3^e, 31 octobre 2012, n° 11-16.304, *Bull. civ.* III, n° 159 ; H. CAPITANT, F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 1, *Introduction, personnes, famille, biens, régimes matrimoniaux, successions*, 13^e éd., Paris : Dalloz, 2015, coll. « Grands arrêts », n° 66, p. 403 et s. ; *D.* 2013, p. 53, obs. L. d'AVOUT et B. MALLET-BRICOUT ; *RTD civ.* 2013, p. 141, obs. W. DROSS ; *RDC* 2013, p. 584, obs. R. LIBCHABER ; *RDC* 2013, p. 105, obs. M. MEKKI ; *RDC* 2013, p. 1261, obs. L. PFISTER ; *JCP G* 2015, 252, note T. REVET ; *D.* 2012, p. 2596, obs. A. TADROS ; *JCP G* 2012, 1400, note F. TESTU.

⁸³⁶V. L. d'AVOUT et B. MALLET-BRICOUT, « La liberté de création des droits réels aujourd'hui », *D.* 2013, p. 53 et s. ; W. DROSS, « L'ordre public permet-il que soit créé un droit réel perpétuel ? », *RTD civ.* 2013, p. 141 et s. ; R. LIBCHABER, « Les habits neufs de la perpétuité », *RDC* 2013, p. 584 et s. H. CAPITANT, F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 1, *Introduction, personnes, famille, biens, régimes matrimoniaux, successions*, 13^e éd., Paris : Dalloz, 2015, coll. « Grands arrêts », n° 66, p. 403 et s., n° 13.

⁸³⁷Sur l'admission des fondations temporaires, V. *supra*, n° 88.

constitue un terme, fut-il incertain⁸³⁸. Quelle que soit l'interprétation choisie, il n'en demeure pas moins qu'une telle hypothèse est fort proche de l'apport à une association dont la reprise a été stipulée. La solution pourrait lui être appliquée. Reste que le maintien de la solution de 2012 n'est pas assuré tant elle a été critiquée comme consacrant « Le pouvoir de la volonté au mépris de la propriété. »⁸³⁹ Dans une affaire récente, la Cour de cassation a été appelée à trancher la question de savoir si un droit réel de jouissance spécial pouvait être perpétuel à défaut de stipulation en ce sens. Dans un arrêt du 28 janvier 2015, elle répond par la négative⁸⁴⁰. Pour cantonner le terme du droit réel à celui de trente ans, la Haute juridiction considère que la liberté du propriétaire est limitée par des règles d'ordre public, sans pour autant préciser lesquelles. De prime abord, la solution n'est pas contradictoire avec celle de 2012 dans la mesure où dans cette première espèce les parties avaient expressément stipulé un terme : la vie de la fondation⁸⁴¹. Partant, certains auteurs estiment que les deux solutions se rejoignent : le droit réel ne peut jamais être perpétuel, mais il pourra être stipulé pour une durée supérieure à trente ans⁸⁴². Au contraire, en retenant que la stipulation d'un terme incertain, tenant à la dissolution de la fondation, emporte reconnaissance implicite d'un droit réel perpétuel alors il est possible d'interpréter ce second arrêt comme marquant un pas vers un abandon de la jurisprudence *Maison de la poésie*⁸⁴³.

De surcroît, même à admettre que les droits réels puissent ne pas être temporaires, la théorie du doyen GÉNY n'en demeure pas moins discutable. D'abord, elle n'a jamais été consacrée par la Cour de cassation qui retient que l'apport emporte transfert de propriété⁸⁴⁴. Ensuite, la nature des droits réels s'oppose à cette thèse au-delà de la seule question de leur durée. Les

⁸³⁸V. T. REVET, « Le droit réel dit « de jouissance spéciale » et le temps », *JCP G* 2015, 252, pour lequel les deux stipulations sont distinctes. Comp. A. TADROS, « Création de droit réel : consécration de l'autonomie de la volonté », *D.* 2012, p. 2596, pour lequel la Cour de cassation affirmerait implicitement que le droit réel est affecté d'un terme : la fin de la vie de la fondation.

⁸³⁹V. R. J.-B. SEUBE, « Une nouvelle forme de jouissance des biens : le droit de jouissance spéciale ! », *RDC* 2013, p. 627 et s. *Adde* R. LIBCHABER, art. précité. *Contra* L. d'AVOUT et B. MALLET-BRICOUT, art. précité. *Adde* W. DROSS, *Droit des biens*, 2^e éd., Paris : LGDJ-Lextenso éd., 2014, coll. « Domat. Droit privé », n° 132, p. 119, qui approuve cette solution dans la mesure où les règles de la publicité foncière permettraient de protéger efficacement les différents intérêts en cause.

⁸⁴⁰Civ. 1^{re}, 28 janvier 2015, n° 14-10.013, à paraître ; *RDC* 2015, p. 272, note R. BOFFA ; *JCP G* 2015, 250, note M.-T. FEYDEAU ; *JCP N* 2015, 1083, note M. JULIENNE et J. DUBARRY ; *D.* 2015, p. 599, obs. B. MALLET-BRICOUT ; *JCP G* 2015, 148, note S. MILLEVILLE ; *JCP G* 2015, 252, note T. REVET ; *JCP G* 2015, 251, note B. STURLÈSE. Selon la Cour de cassation « lorsque le propriétaire consent un droit réel, conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale de son bien, ce droit, s'il n'est pas limité dans le temps par la volonté des parties, ne peut être perpétuel et s'éteint dans les conditions prévues par les articles 619 et 625 du code civil ».

⁸⁴¹Sur les difficultés d'interprétation, V. B. MALLET-BRICOUT, « Droits réels de jouissance spéciale : premier signe de rejet de la perpétuité », *D.* 2015, p. 599 et s.

⁸⁴²V. L. ANDREU et N. THOMASSIN, « Rejet de la perpétuité », *Deffrénois* 2015, p. 419 et s. Encore que pour ces auteurs, l'hypothèse de la licéité d'une stipulation d'une durée quasi-perpétuelle n'est pas réglée.

⁸⁴³V. R. BOFFA, « Le droit réel de jouissance spéciale : acte II », *RDC* 2015, p. 272 et s. *Contra* W. DROSS, « Que reste-t-il de l'arrêt maison de la poésie ? », *RTD civ.* 2015, p. 413 et s., qui regrette cette solution.

⁸⁴⁴V. Civ. 1^{re}, 4 novembre 1982, précité. Dans cet arrêt, le demandeur au pourvoi reprenait, peu ou prou, la thèse du Doyen GÉNY en faisant valoir que l'apport n'était qu'une affectation et n'emportait pas transfert de propriété. *Adde* CA Orléans, 19 février 1986, *Juris-association* 1986, n° 24, p. 34. *Adde* V. M. BÉHAR-TOUCHAIS, obs. ss Civ. 1^{re}, 1^{er} mars 1988, *JCP G* 1989, II 21373, n° 10 ; R. CRÔNE, obs. ss Civ. 1^{re}, 27 juin 2000, *BMIS* 2000, p. 980 et s.

pouvoirs du titulaire d'un droit réel sur la chose d'autrui sont nécessairement limités. Or, ceux de l'association sur le bien apporté correspondent à ceux d'un plein propriétaire. Elle peut disposer du bien, qui peut être aliéné. Ce dernier n'a pas à se retrouver dans son patrimoine lors de sa dissolution. La subrogation réelle est exclue. De surcroît, cette thèse repose sur l'idée qu'il existerait systématiquement un droit de reprise, ce qui n'est pas le cas. Ce type de droit réel concédé sur la chose d'autrui, même à admettre qu'il puisse être perpétuel, a nécessairement pour terme la disparition de son titulaire⁸⁴⁵. La qualification de l'apport à une association ne saurait changer de nature selon qu'un droit de reprise a été ou non stipulé⁸⁴⁶.

En réalité, l'apport constitue une véritable donation qui tait son nom. Les obstacles à cette qualification doivent être réfutés.

2. La réfutation des obstacles à la qualification de libéralité

133. L'opportunité de la qualification. À ce stade, il importe de s'intéresser à la qualification des apports aux associations. Bien qu'ils se distinguent mal des libéralités⁸⁴⁷, la doctrine, la jurisprudence et la pratique leur refusent cette qualification. Il convient de bien en cerner les raisons. Considéré comme un acte à titre onéreux, l'apport a un régime beaucoup plus souple que celui des libéralités. Ainsi, il peut être adressé à une association ne jouissant pas de la grande personnalité morale. Ce faisant, des apports immobiliers pourront être consentis à des associations qui ne sont pas d'intérêt général⁸⁴⁸. En outre, les droits de mutation sont déterminés sur le modèle des apports aux sociétés et non des actes à titre gratuit⁸⁴⁹. Si désormais toutes les associations peuvent recevoir des dons manuels⁸⁵⁰, elles ne bénéficient pas toutes d'exonérations fiscales⁸⁵¹. Dans ce cas, elles seront particulièrement intéressées par les apports mobiliers. Source importante du financement de la vie associative, l'apport ne peut prospérer qu'émancipé du régime des libéralités : le régime à appliquer commande la qualification juridique⁸⁵². L'onérosité de l'apport ne va pourtant pas de soi. Au

⁸⁴⁵Sauf à constituer des droits réels successifs.

⁸⁴⁶Sur la nature du droit de reprise, V. *infra*, n° 449.

⁸⁴⁷V. M. BÉHAR-TOUCHAIS et C. LEGROS, *op. cit.*, n° 60.

⁸⁴⁸Sur la capacité de jouissance des associations, V. *infra*, n° 245.

⁸⁴⁹CGI, art 809-I, 2°.

⁸⁵⁰V. *infra*, n° 245. Comp. G. DELESALLE, *op. cit.*, nos 69 et s., p. 72 et s., sur la question de la licéité des apports mobiliers sous l'empire du droit antérieur.

⁸⁵¹V. *infra*, n° 190.

⁸⁵²Selon certains auteurs, la distinction présente « un intérêt pratique certain » de sorte que la qualification d'apport est « utile » (V. M. BÉHAR-TOUCHAIS et C. LEGROS, *op. cit.*, n° 60).

contraire, l'apport est compatible avec la qualification de libéralité⁸⁵³. Une telle proposition n'est ni nouvelle⁸⁵⁴, ni isolée⁸⁵⁵.

Deux obstacles sont généralement opposés à la qualification de libéralité. D'abord, il est affirmé qu'il existerait des contreparties à l'apport de sorte qu'il ne pourrait s'agir de libéralités. Ensuite, la clause de reprise d'apport s'opposerait à l'irrévocabilité spéciale des donations. Une telle affirmation revient à méconnaître le sens de la maxime « donner et retenir ne vaut ».

Ainsi, la requalification de l'apport en libéralité impose de le confronter d'abord à la notion de contreparties (a), puis à la question de la reprise (b).

a. *Apports et contreparties*

Deux catégories de contreparties seraient à même de faire échec à la qualification de libéralité : d'abord la poursuite de la satisfaction de la réalisation de l'œuvre (i), ensuite la stipulation de droits moraux (ii).

i. *La poursuite de la satisfaction de la réalisation de l'œuvre*

134. Une prétendue contrepartie morale. Soucieuse de permettre à toutes les associations de recevoir des apports en vue de leur bon fonctionnement, la jurisprudence a toujours refusé d'y voir des libéralités. Abandonnant sa jurisprudence ancienne⁸⁵⁶, elle a donc reconnu leur caractère onéreux en admettant qu'il existait une contrepartie aux apports, à savoir une contrepartie morale. Celle-ci serait constituée par la « satisfaction pour l'apporteur de la réalisation du but poursuivi par l'association »⁸⁵⁷. Une telle thèse souffre deux critiques d'égale importance. D'une part, il a été montré que la notion de contrepartie morale n'existait pas⁸⁵⁸. Tout au plus, l'apporteur poursuit-il un intérêt moral compatible avec la notion de

⁸⁵³Sur la qualification d'« opération juridique *sui generis* », V. P. CHASSAGNE-BELMIN, « Les apports aux associations », *Journ. not.* 1958, art. 45646, spéc. p. 580.

⁸⁵⁴CASSIN l'affirmait dans son cours dès 1939 (V. *Droit civil approfondi et comparé : les libéralités avec charge et les fondations*, Paris : les Cours de droit, 1939, p. 8). Selon lui, « parmi les libéralités qui échappent à l'enregistrement, comme telles, il faut signaler les apports aux associations ». Il a encore été soutenu que l'apport était un acte à titre gratuit, mais non une libéralité (V. G. DELESALLE, *op. cit.*, n° 28, p. 33). C'est le régime de défiance attaché aux libéralités qui commande, de son propre aveu, la position de l'auteur.

⁸⁵⁵V. F. SARDA, « Libéralités et personnes morales », *LPA* 1995, n° 55, p. 18 et s.

⁸⁵⁶V. Civ., 20 janvier 1930, *S.* 1930, 1, p. 281 note F. GÉNY. ; Civ., 24 février 1932, *S.* 1932, 1, p. 321 note F. GÉNY. Dans ces arrêts, la Cour de cassation considérait que la recherche exclusive des avantages d'ordre général résultant de l'œuvre ne constituait pas l'équivalent à l'apport.

⁸⁵⁷V. Civ. 1^{re}, 1^{er} mars 1988, n° 86-13.158, *Bull. civ.* I, n° 52 ; *JCP* 1989, II 21373, obs. M. BÉHAR-TOUCHAIS ; CA Lyon, 8 juin 1971, *D.* 1971, p. 555, note M. CHAVRIER.

⁸⁵⁸V. *supra*, n° 32.

libéralité⁸⁵⁹. D'autre part, il est évident que le donateur qui gratifie une association poursuit le même intérêt ; il est intéressé par la réalisation de son œuvre par le bénéficiaire de sa libéralité⁸⁶⁰ : les libéralités à caractère collectif sont des libéralités intéressées⁸⁶¹. Il a pu être soutenu que l'apporteur était plus intéressé que le donateur à la réalisation de ce but⁸⁶². Même à l'admettre, il n'y aurait alors qu'une différence de degré et non plus de nature.

La Cour de cassation, elle-même, peine à appliquer son critère qui finalement aboutit à des solutions d'opportunités. Le recours à la notion d'intérêt moral conduit nécessairement à des solutions « contingentes et circonstanciées »⁸⁶³. Dans une affaire relative à une association de témoins de Jéhovah, la nature de l'acte de transmission d'un bien meuble était contestée par l'Administration fiscale. La Haute juridiction considère que « la satisfaction morale [que la donatrice] pouvait tirer de voir l'association poursuivre sa mission ne pouvait suffire à exclure l'intention libérale »⁸⁶⁴. La défiance, exprimée à l'encontre de telles associations, a conduit à retenir la qualification de don.

Finalement, la poursuite de la satisfaction de la réalisation de l'œuvre ne constitue pas une contrepartie, pas plus que les droits moraux éventuellement stipulés.

ii. La stipulation de droits moraux

135. De prétendues contreparties matérielles. Forts d'une comparaison avec les apports aux sociétés⁸⁶⁵, certains auteurs et praticiens ont cru pouvoir découvrir dans les apports aux associations une contrepartie matérielle. Ainsi, ils leur attachent un certain nombre de droits

⁸⁵⁹V. *supra*, n° 35.

⁸⁶⁰Dans le même sens, V. V. GUEDJ, *Essai sur le régime juridique des fondations*, thèse de doctorat, Paris : Université de Paris II, 1999, n° 209, p. 167.

⁸⁶¹V. *infra*, n°s 181. et s.

⁸⁶²Il a été soutenu qu'« ayant eu à comparer la volonté de l'apporteur et celle d'un donateur, la motivation du premier nous a paru plus ciblée, celle du second beaucoup plus général, vague. L'apporteur militait pour une cause qui lui tenait vraiment à cœur, son succès était véritablement une contrepartie pour lui, le second était plus détaché, beaucoup plus désintéressé, à tous les sens du terme » (V. R. BRICHET, *Associations et syndicats, régime fiscal et social*, 6^e éd., Paris : Litec, 1992, n° 447, p. 772).

⁸⁶³V. D. GUÉVEL, *Droit des successions et des libéralités*, 3^e éd., Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso éd., coll. « Systèmes », n° 251, p. 118.

⁸⁶⁴V. Com., 7 juillet 2009, n° 07-21.957, *Inédit*.

⁸⁶⁵Pour appréhender l'apport aux associations, l'un des premiers réflexes est de le comparer avec la notion voisine d'apport aux sociétés (V. P. POTENTIER, art. précité ; J.-F. HAMELIN, *Le contrat-alliance*, préf. N. MOLFESSIS, Paris : Economica, 2012, coll. « Recherches juridiques », t. 30, n° 107, p. 82) au point qu'il conviendrait d'étudier les apports aux associations par référence aux apports aux sociétés (V. J. HARDOIN, *op. cit.*, n° 9, p. 11, et n° 47, p. 79).

moraux⁸⁶⁶ : droits de vote supplémentaires⁸⁶⁷, droits de contrôle, présidences honorifiques, exonérations de cotisations, etc⁸⁶⁸. Une telle thèse souffre d'emblée une objection. Tous les apports ne confèrent pas de tels droits. Or, la qualification des apports doit être unitaire et non dépendre de l'ingénierie des parties.

Par ailleurs, une telle assimilation entre ces deux catégories d'apports est abusive⁸⁶⁹. En matière d'association, la qualité de membre n'est pas attachée à la réalisation d'un apport⁸⁷⁰. Certains prétendent même que l'apport peut être l'œuvre d'un non-membre⁸⁷¹. Partant, il se distingue doublement de l'apport à une société⁸⁷². Tout au plus, la qualité de membre résulte du paiement d'une cotisation⁸⁷³, si celle-ci est prévue par les statuts⁸⁷⁴. Finalement, la stipulation de droits moraux supplémentaires pourrait faire de l'apport une « super-cotisation »⁸⁷⁵. Même à l'admettre, ces droits ne sauraient constituer une quelconque contrepartie⁸⁷⁶. Soutenir le contraire reviendrait à retenir que le contrat d'apport est un acte à titre onéreux et synallagmatique de sorte que la cause de l'obligation de l'apporteur résiderait

⁸⁶⁶V. H. BERGER, *op. cit.*, p. 3. Selon cet auteur, l'apport est « l'opération juridique par laquelle une personne transmet à une association un droit sur un bien mobilier ou immobilier moyennant l'acquisition de droits d'associés proportionnels à la valeur du droit transmis ». Dans le même sens, V. M. CHAVRIER, note ss CA Lyon, 8 juin 1971, *D.* 1971, p. 555 ; K. RODRIGUEZ, note ss CA Pau, 20 janvier 2004, *BMIS* 2004, p. 561 et s. *Adde* J. HARDOIN, *op. cit.*, n° 64, p. 105, qui voit dans l'apport l'expression de la cotisation. Comp. V. GUEDJ, *op. cit.*, n° 209, p. 167, pour laquelle la contrepartie est caractérisée par le titre de sociétaire.

⁸⁶⁷L'attribution du nombre de voix par sociétaire est régie par la liberté contractuelle (V. J.-F. HAMELIN, *op. cit.*, n° 525, p. 375).

⁸⁶⁸Pour certains praticiens, il est d'ailleurs primordial de bien rédiger son contrat d'apport pour éviter toute requalification en libéralité et insister sur l'existence de ces derniers droits pris comme contrepartie afin d'éviter l'écueil de la requalification (V. R. CRÔNE, note ss Civ. 1^{re}, 27 juin 2000 *Defrénois* 2000, p. 1226 ; S. BARAT, *Dons et legs aux associations à but non lucratif*, Mémoire pour le diplôme supérieur de notariat, Bordeaux : Université de Bordeaux IV, 2009, p. 115).

⁸⁶⁹V. G. DELESALLE, *op. cit.*, n° 38, p. 43. Comp. F. GÉNY, art. précité, n° 9, pour lequel concevoir que l'apport emporte nécessairement un transfert de propriété rencontre « une analogie au moins spécieuse dans les apports à société ». Il s'interroge alors sur l'adéquation d'une telle analogie.

⁸⁷⁰*Contra* P. POTENTIER, art. précité, n° 10 ; V. GUEDJ, *op. cit.*, n° 209, p. 167.

⁸⁷¹V. F. GÉNY, art. précité, n° 6 ; G. DELESALLE, *op. cit.*, n° 51, p. 56 ; D. LEPETIER, « Apports et reprise d'apports dans les associations », *Bull. Joly Sociétés* 1997, p. 401 et s., n° 5. *Contra* R. CRÔNE, art. précité ; P. POTENTIER, art. précité, n° 10.

⁸⁷²V. A. VIANDIER, *La notion d'associé*, préf. F. TERRÉ, Paris : LGDJ, 1978, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 156, n°s 154 et s., p. 153 et s. ; M. BUCHBERGER, *Le contrat d'apport : essai sur la relation entre la société et son associé*, préf. M. GERMAIN, Paris : Éd. Panthéon-Assas : diff. LGDJ, 2011, coll. « Thèses », n° 5, p. 24.

⁸⁷³V. J. HARDOIN, *op. cit.*, n° 52, p. 84 ; A. GARAY et D. GUIZARD, *Les dons manuels aux associations : régime juridique et fiscal*, Lyon : Éd. Juris service, 2002, coll. « Juris'association guides pratiques », p. 20. La nature de la cotisation ne saurait retenir davantage. Prévues dans les statuts, elle s'impose aux membres de sorte qu'aucune intention libérale ne peut être caractérisée (V. V. GUEDJ, *op. cit.*, note n° 4, ss n° 211, p. 167). De surcroît, la cotisation permet souvent de bénéficier directement de l'œuvre proposée par l'association notamment quand celles-ci sont dans une logique de club et qu'elles réservent des prestations de services à ses seuls membres (activités sportives, culturelles, etc). *Adde* M. ROUAST, *Droit civil approfondi : des libéralités entre vifs exemptes de formes*, Paris : Cours de droit, 1948-1949, p. 32 et s.

⁸⁷⁴Elle n'est pas obligatoire. Elle ne participe pas à la définition de l'association (V. M. BÉHAR-TOUCHAIS et C. LEGROS, *op. cit.*, n° 112). Quand elle est prévue, elle n'en demeure pas moins une ressource importante pour les associations (L. du 1er juillet 1901, art. 6). Faute de cotisation, la qualité de membre résultera de la simple adhésion à l'association (V. *ibidem*, n° 50). *Adde* BBOI-TVA-CHAMP-30-10-30-10-20131121, n° 70.

⁸⁷⁵Dans ce cas l'apport apparaît être une cotisation spéciale. Pour un auteur, la cotisation est un apport d'une nature particulière (V. J. HARDOIN, *op. cit.*, n° 56, p. 89).

⁸⁷⁶À cet égard, il a été retenu qu'il ne pouvait y avoir de contrepartie qu'en présence d'une prestation économique, c'est-à-dire pécuniaire (V. *supra*, n° 32.). Les droits moraux en matière d'association, même à admettre qu'ils permettraient de la contrôler, sont difficilement évaluable en argent.

dans l'obtention de tels droits⁸⁷⁷. C'est seulement à ce titre que ces droits constituent une contrepartie réelle et réciproque⁸⁷⁸. Or, comme l'a souligné la jurisprudence, le but de l'apporteur est de soutenir la réalisation de l'œuvre par l'association. Si cette motivation ne peut constituer une contrepartie, elle discrédite toute tentative de rechercher dans les droits moraux une contrepartie matérielle⁸⁷⁹. La jurisprudence et la pratique de l'Administration fiscale vont en ce sens. La première refuse que la stipulation de tels droits fasse obstacle à une requalification en libéralité de l'acte d'apport⁸⁸⁰. La seconde exclut que ces derniers s'opposent aux exonérations fiscales attachées au mécénat des particuliers⁸⁸¹.

L'apport aux associations ne connaît aucune contrepartie au dépouillement de l'apporteur⁸⁸². Pour sa part, la reprise d'apport ne fait pas davantage obstacle à la requalification de libéralité.

b. Apports et reprise

136. Reprise et irrévocabilité des donations. Le mécanisme de la reprise d'apport est traditionnellement considéré par les auteurs comme faisant obstacle à la qualification de libéralité⁸⁸³. En vertu de l'article 894 du Code civil :

La donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée, en faveur du donataire qui l'accepte⁸⁸⁴.

Il en résulte un principe fondamental en droit des libéralités⁸⁸⁵ : l'**irrévocabilité des donations**. De prime abord, la reprise d'apport semble aller à l'encontre de ce caractère : en stipulant une clause de reprise qui joue automatiquement en cas de dissolution de l'association, l'apporteur se réserverait le droit de récupérer les biens transmis⁸⁸⁶. Une telle

⁸⁷⁷V. *supra*, n° 28.

⁸⁷⁸Sur la notion de contrepartie réciproque, V. *supra*, n°s 26. et s.

⁸⁷⁹Adde G. DELESALLE, *op. cit.*, n° 25, p. 28.

⁸⁸⁰V. Com., 7 juillet 2009, précité, relevant que « la qualité de membre bienfaiteur ne constituait qu'une simple gratification » et qu'elle ne faisait pas échec à la qualification de libéralité.

⁸⁸¹L'Administration considère que de telles contreparties dites « institutionnelles ou symboliques » ne sont pas de véritables contreparties (V. BOI-IR-RICI-250-20-20120912, n° 80). Selon ses propres termes, « il est admis qu'aucun de ces avantages ne constitue une contrepartie réelle au versement ».

⁸⁸²À réserver l'hypothèse de l'apport avec charge dont la validité est admise tant par la doctrine (V. K. RODRIGUEZ, art. précité ; D. LEPÉLIER, art. précité, n° 4). que par la jurisprudence (V. CA Lyon, 8 juin 1971, précité, D. 1971, p. 555).

⁸⁸³V. notamment M. POMEY, *Traité des fondations d'utilité publique*, Paris : PUF, 1980, p. 306.

⁸⁸⁴Nous soulignons.

⁸⁸⁵Sur l'existence d'un principe général du droit, V. J. BOULANGER, « Principes généraux du droit et droit positif », in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle : études offertes à Georges Ripert*, t. 1, *Études générales, Droit de la famille*, Paris : LGDJ, 1950, p. 51 et s., n° 12.

⁸⁸⁶Encore faut-il qu'une telle clause ait été stipulée puisqu'il n'existe aucun droit de reprise (V. *supra*, n° 131.).

affirmation revient en réalité à méconnaître le principe de l'irrévocabilité des donations. L'article 894 n'est que la traduction de la fameuse maxime de LOYSEL « donner & retenir ne vaut »⁸⁸⁷. Il s'agit de l'*irrévocabilité spéciale des donations*⁸⁸⁸. Hérité de l'histoire, ce principe a une signification bien particulière. Il ne saurait s'opposer aux clauses de reprise d'apport dans un acte à titre gratuit. Après avoir présenté le principe de l'irrévocabilité des donations (i), il conviendra de le confronter à la clause de reprise d'apport (ii).

i. Présentation du principe de l'irrévocabilité des donations

137. L'irrévocabilité des donations et l'interdiction des conditions potestatives⁸⁸⁹. La maxime « donner et retenir ne vaut », empruntée à l'ancien droit, devait empêcher le donateur de revenir sur ses stipulations de façon intempestive⁸⁹⁰. Le donateur ne saurait reprendre « *proprio motu*, directement ou indirectement, ce qu'il a donné »⁸⁹¹. Loin de consacrer une irrévocabilité absolue, ce texte n'est « qu'un frein aux caprices du donateur »⁸⁹². Il interdit, finalement, toute condition potestative même simplement potestative insérée dans l'acte par le donateur⁸⁹³. L'article 944 du Code civil, en vertu duquel « toute donation entre vifs, faite sous des conditions dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur, sera nulle », constitue la formulation la plus claire de ce principe⁸⁹⁴. En cela, ce texte se distingue de l'article 1174

⁸⁸⁷A. LOYSEL, *Institutes coutumières ou manuel de plusieurs et diverses règles*, Paris : A. l'Angelier, 1607, Livre III, Titre III, règle V, p. 57.

⁸⁸⁸Pour la distinguer de l'irrévocabilité ordinaire des conventions attachée à l'article 1134 du Code civil (V. M. GRIMALDI, *Droit civil : Libéralités, partages d'ascendants*, Paris : Litec, 2000 n° 1208, p. 151 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *op. cit.*, n° 490, p. 44), encore que selon un auteur, « l'irrévocabilité des donations n'a, bien souvent, aucun caractère spécial, l'article 894 n'ajoutant rien à l'article 1134 » (V. W. DROSS, « L'irrévocabilité spéciale des donations existe-t-elle ? », *RTD civ.* 2011, p. 25 et s.).

⁸⁸⁹V. H. LÉCUYER, « L'irrévocabilité spéciale des donations », in *Le droit français à la fin du XX^e siècle : études offertes à Pierre Catala*, Paris : Litec, 2001, p. 405 et s.

⁸⁹⁰Alors que le principe de l'irrévocabilité émerge au cours du XIII^e siècle, certaines coutumes contraires demeurent. Il faut attendre la fin du XVI^e siècle et l'ordonnance de 1731 pour que ce principe soit bien établi (V. J.-P. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., Paris : Dalloz, 2010, coll. « Précis. Droit privé », n° 1029 et s., p. 1429 et s. *Adde* F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *op. cit.*, n° 496, p. 450).

⁸⁹¹V. M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1208, p. 151.

⁸⁹²V. R.-T. TROPLONG, *Droit civil expliqué : Des donations entre-vifs et des testaments*, t. 1, 2^e éd., Paris : Administration du journal des notaires et des avocats, 1862, n° 74, p. 97.

⁸⁹³V. M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1208, p. 151. *Contra* W. DROSS, art. précité, n° 12. Pour l'auteur, ce n'est pas le principe de l'irrévocabilité qui commande cette distinction, mais le fait que les auteurs classiques distinguent entre ces deux catégories de clauses qui conduit à appliquer leur *summa divisio* à celle plus globale du titre onéreux et du titre gratuit. Il est vrai qu'à l'origine, ce principe visait la nécessité d'une dépossession effective et non l'impossibilité de révocation directe ou indirecte (V. J.-P. LÉVY et A. CASTALDO, *op. cit.*, n° 1031, p. 1424). Cette maxime imposait au départ la tradition pour la perfection du contrat de donation. C'est seulement avec la première rédaction de la coutume de Paris qu'elle prendra son nouveau sens. Pour une synthèse historique, V. M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 3, *Régimes matrimoniaux ; successions ; donations et testaments*, 6^e éd., Paris : F. Pichon et Durand-Auzias, 1913, n° 2592 et s., p. 631 et s. ; H. LÉCUYER, art. précité.

⁸⁹⁴V. M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1208, p. 151.

du Code civil qui n'interdit que les conditions purement potestatives⁸⁹⁵. La règle posée par l'irrévocabilité des donations est donc plus stricte.

Alors que les conditions purement potestatives dépendent exclusivement de la volonté du débiteur, les conditions simplement potestatives sont soumises à la fois à sa volonté et à l'influence d'éléments extérieurs⁸⁹⁶. En d'autres termes, dans la condition simplement potestative « ce n'est plus alors la volonté nue d'une partie qui est érigée en condition mais la survenance de tel événement sur lequel cette dernière a néanmoins prise »⁸⁹⁷. La distinction entre ces deux catégories de conditions potestatives a été très largement critiquée⁸⁹⁸. Dépassant la difficulté née de cette distinction, il a été proposé de traduire le principe de l'irrévocabilité spéciale des donations comme l'impossibilité d'introduire une clause de repentir au bénéfice du donateur⁸⁹⁹.

138. La condition purement potestative et le critère de l'arbitraire. Les notions de potestativité et de condition purement potestative au sens de l'article 1174 du Code civil ont été l'objet de nombreux travaux. La potestativité renverrait à la sujétion⁹⁰⁰. Quant à la condition purement potestative, elle est vue, par la doctrine contemporaine⁹⁰¹, comme celle

⁸⁹⁵V. *ibidem*, n° 1208, p. 151. Comp. J.-J. TAISNE, *J.-Cl. civil code*, art. 1168 à 1174, fasc. unique : « Contrats et obligations – Obligations conditionnelles – Caractères de la condition », n° 45, pour lequel le champ d'application de ces textes tendrait à se rapprocher.

⁸⁹⁶V. Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 7^e éd., Paris : Defrénois-Lextenso éd., 2015, coll. « Droit civil », n° 1313, p. 697.

⁸⁹⁷V. W. DROSS, « L'introuvable nullité des conditions potestatives », *RTD civ.* 2007, p. 701 et s., n° 25. Cette condition se distingue mal de la condition dite mixte définie par l'article 1171 du Code civil. V. M. LATINA *Essai sur la condition en droit des contrats*, préf. D. MAZEAUD, Paris : LGDJ, 2009, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 505, n° 320, p. 232.

⁸⁹⁸V. S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, préf. J. MESTRE, avant-propos I. NAJJAR, Aix-en-Provence : PUAM, 1999, coll. « Institut de droit des affaires », nos 122 et s., p. 80 et s. ; X. LAGARDE, « Réflexions sur le fondement de l'article 931 du Code civil », *RTD civ.* 1997, p. 25 et s., n° 5 ; S. GJIDARA, « Le déclin de la potestativité dans le droit des contrats : le glissement jurisprudentiel de l'article 1174 à 1178 du Code Civil », *LPA* 2000, n° 124, p. 4 et s., n° 10 ; W. DROSS, « L'introuvable nullité des conditions potestatives », art. précité, n° 2 et n° 25 ; B. DONDERO, « De la condition potestative licite », *RTD civ.* 2007, p. 677 et s., n° 7 ; M. LATINA, *op. cit.*, n° 313, p. 227 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil : Les obligations*, 11^e éd., Paris : Dalloz, 2013, coll. « Précis. Droit privé », n° 1223, p. 1266 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, nos 1310 et s., p. 695 et s.

⁸⁹⁹V. T. GENICON, « De l'irrévocabilité spéciale des donations à l'ordre public des transferts de propriété à titre gratuit », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois*, Paris : Defrénois, 2012, p. 303 et s., n° 5. Déjà en ce sens implicitement, V. M. GRIMALDI, *J.-Cl. civil code*, art. 943 à 948, fasc. unique : « Donations et testaments – Donations entre vifs – Irrévocabilité des donations par la volonté du donateur – Clauses prohibées – État estimatif des donations mobilières », nos 10 et 19.

⁹⁰⁰À côté de la condition potestative, un auteur a soutenu qu'il existe plus généralement un droit potestatif qui se définirait comme celui « de donner à son titulaire le pouvoir de modifier unilatéralement une situation juridique intéressant autrui par une simple manifestation de volonté ». Ce droit serait synonyme de sujétion (V. S. VALORY, *op. cit.*, nos 6 et s., p. 23 et s.). Déjà en ce sens, V. I. NAJJAR, *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, Paris : LGDJ, 1967. Adde J. ROCHFELD, « Les droits potestatifs accordés par le contrat », in *Le contrat au début du XXI^e siècle : études offertes à Jacques Ghestin*, Paris : LGDJ, 2001, p. 747 et s.

⁹⁰¹Pour une étude des auteurs classiques, V. M. LATINA, *op. cit.*, nos 297 et s., p. 215 s. ; B. DONDERO, art. précité, nos 21 et s.

qui dépendrait de la *volonté arbitraire* du débiteur⁹⁰², c'est-à-dire soumise à sa seule volonté⁹⁰³. La jurisprudence se prononce en ce sens⁹⁰⁴. Le juge recherche alors si le débiteur peut arbitrairement se dégager de tout ou partie de son obligation⁹⁰⁵. Pour ce faire, il procède à deux types de contrôle : d'une part, un contrôle *a priori* pour déterminer si la condition apparaît ou non licite⁹⁰⁶, d'autre part, le juge effectue un contrôle *a posteriori*. Lorsque la mise en œuvre de la clause manifeste l'arbitraire du débiteur au stade de l'exécution, elle est qualifiée de potestative et déclarée nulle au stade de la formation⁹⁰⁷. La jurisprudence procède alors à un recoupement, voire un « télescopage »⁹⁰⁸, des articles 1174 et 1178 du Code civil⁹⁰⁹. Fort de ce constat, un auteur a même plaidé pour la suppression de l'article 1174 du Code civil au profit d'une théorie générale des droits potestatifs et d'un contrôle abandonné au seul stade de l'exécution sur le terrain de l'article 1178 du Code civil⁹¹⁰.

139. La délicate appréhension de la condition simplement potestative. Au-delà de la critique qui a pu être adressée à l'encontre du critère de l'arbitraire⁹¹¹, il ne permet pas de

⁹⁰²V. G. MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ, *Droit civil*, t. 2, *Les obligations*, vol. 3, *Le régime*, 2^e éd., Paris : Sirey, 1989, n° 76, p. 79 ; A. SÉRIAUX, *Droit des obligations*, 2^e éd., Paris : PUF, 1998, coll. « Droit fondamental. Droit civil », n° 165, p. 607 ; S. VALORY, *op. cit.*, n° 4, p. 22 ; S. GJIDARA, art. précité, n° 12 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 1223, p. 1267. Dans le même sens, l'avant-projet de réforme du droit des obligations propose la définition suivante : « est nulle toute obligation contractée sous une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur » (V. P. CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris : La documentation française, 2006, art. 1175). Les auteurs ne font plus référence au concept de potestativité.

⁹⁰³Un auteur y voit la consécration de la règle posée par l'article 944 du Code civil dans le champ de l'article 1174 (V. M. LATINA, *op. cit.*, n° 325, p. 236).

⁹⁰⁴V. J. GHESTIN, « La notion de condition potestative au sens de l'article 1174 du Code civil », in *Études dédiées à Alex Weill*, Paris : Dalloz : Litec, 1983, p. 243 et s., n° 14 ; S. VALORY, *op. cit.*, nos 136 et s., p. 88 et s., spéc. n° 140, p. 89

⁹⁰⁵Pour une étude exhaustive de la jurisprudence, V. J. GHESTIN, art. précité. Un auteur critique d'ailleurs cette démarche, qui consiste moins à trouver un critère doctrinal de la potestativité que d'établir une grille de lecture à partir de la jurisprudence (V. M. LATINA, *op. cit.*, n° 326, p. 237).

⁹⁰⁶Selon un auteur, deux éléments entrent en considération dans la détermination de l'arbitraire pour la jurisprudence. D'un côté, l'arbitraire ne serait pas retenu lorsque le bénéficiaire de la potestativité subit lui-même un sacrifice par la réalisation ou la défaillance de l'événement. De la même manière, la jurisprudence considérerait que lorsque l'événement est déterminé par des circonstances étrangères qui s'imposent aux contractants l'arbitraire n'est pas caractérisé. D'un autre côté, au contraire l'arbitraire serait caractérisé lorsque la réalisation de l'événement ne pourrait donner lieu à aucun contrôle objectif (V. S. VALORY, *op. cit.*, nos 146 et s., p. 92 et s., et n° 467, p. 282). De telles circonstances peuvent être d'ordre monétaire ou économique (V. Com., 12 mai 1980, *JCP* 1980, IV 285, à propos d'une clause qui permettait à un fournisseur de retirer les appareils vendus au cas où l'exploitation de ces appareils serait jugée déficitaire ; Cass, Civ. 1, 16 octobre 2001, *JCP* 2001, IV 2898 à propos d'une clause permettant à une clinique de se séparer de son médecin sans avoir à lui verser d'indemnité dans le cas où elle cesserait d'exercer comme établissement au service des malades et d'hospitalisation).

⁹⁰⁷V. M. LATINA, *op. cit.*, nos 337 et s., p. 244 et s. ; S. GJIDARA, art. précité, n° 22 ; R. LIBCHABER, obs. ss Civ. 1^{re}, 16 octobre 2001 *Defrénois* 2002, p. 251 et s. ; J. ROCHFELD, obs. ss Civ. 1^{re}, 16 octobre 2001, *JCP* 2002, I 134 ; T. GENICON, art. précité, n° 27.

⁹⁰⁸V. S. GJIDARA, art. précité, n° 22.

⁹⁰⁹Ce dernier permet, en principe, de sanctionner uniquement une condition mixte ou simplement potestative au stade de l'exécution en ce qu'il prévoit que « la condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur, obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement » (V. B. DONDERO, art. précité, n° 20. *Adde* S. GJIDARA, art. précité, nos 15 et s., sur le contrôle fondé sur l'article 1178 du Code civil).

⁹¹⁰V. M. LATINA, *op. cit.*, nos 367 et s., p. 2567 et s.

⁹¹¹V. *ibidem*, nos 337 et s., p. 244 et s. Pour une proposition de critères différents, V. B. DONDERO, art. précité, nos 31 et s.

qualifier une condition tombant ou non sous le champ de l'article 944 du Code civil⁹¹². S'il permet de discriminer les conditions purement potestatives de celles simplement potestatives, il ne constitue pas un critère efficace pour distinguer celles-ci des conditions mixtes parfaitement valables⁹¹³. L'arbitraire est insuffisant pour englober l'ensemble des conditions prohibées par le principe de l'irrévocabilité des donations. Un auteur a tenté de dépasser cette difficulté⁹¹⁴. Selon lui, deux voies sont possibles. La première serait d'appliquer l'article 1178 du Code civil aux donations et d'opérer un contrôle *a posteriori* afin de déterminer si la clause est valide⁹¹⁵. Par ce biais, toute distinction entre les actes à titre gratuit et les actes à titre onéreux serait abandonnée⁹¹⁶. Seule serait nulle la condition qui est ou se révèle être soumise à la volonté arbitraire et discrétionnaire du débiteur. À cet égard, l'article 1304-2 du Code civil, tel que prévu par le projet d'ordonnance de réforme du droit des contrats, abandonne la référence à la notion de potestativité de la condition et est libellé en des termes identiques à l'article 944⁹¹⁷. Un pas vers un alignement des régimes pourrait être franchi. La seconde voie, défendue par l'auteur, pourrait emprunter celle que tend à suivre le droit commun et consisterait en une reconnaissance des droits potestatifs⁹¹⁸, sous réserve de quelques considérations en matière de donation⁹¹⁹.

140. L'irrévocabilité des donations et l'essence de la donation. Face à ces difficultés, l'existence même du principe de l'irrévocabilité des donations a pu être débattue. Certains auteurs l'ont critiqué⁹²⁰. D'autres ont défendu leur attachement à cette règle⁹²¹. Parmi ses partisans, un auteur a cherché à rattacher la règle à la notion même de libéralité. Il considère alors que l'irrévocabilité spéciale des donations n'est pas un élément contingent, mais

⁹¹²V. M. LATINA, *op. cit.*, n° 320, p. 232

⁹¹³Au point que la Cour de cassation se garde bien de qualifier la condition à l'aune de l'une ou l'autre des catégories (V. L. LEVENEUR, obs. ss Civ. 3, 13 octobre 1993, *Contrats, conc. consom.* 1996, comm. n° 19). En cela, un auteur doute que la jurisprudence ait déjà procédé à une distinction entre les conditions simplement potestatives et mixtes (V. W. DROSS, « L'irrévocabilité spéciale des donations existe-t-elle ? », art. précité, n° 12). Quant au projet d'ordonnance réformant le droit des obligations, il abandonne la distinction entre les différentes conditions (potestatives, mixtes et casuelles) (V. M. LATINA, « La condition », in M. LATINA et G. CHANTEPIE (dir.), *Réforme du droit des obligations*, blog Dalloz, 2015).

⁹¹⁴V. T. GENICON, art. précité, n°s 29 et s.

⁹¹⁵V. *ibidem*, n° 30.

⁹¹⁶Dans le même sens, V. F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 1223, p. 1268 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *op. cit.*, n° 500, p. 456 ; H. LÉCUYER, art. précité, spéc. p. 419.

⁹¹⁷L'article 1302-4 du Code civil disposerait qu' : « Est nulle l'obligation suspendue à une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur. » (V. Projet d'ordonnance pris en application de la loi n° 2015-177 du 16 février 2015 habilitant le gouvernement à réformer le droit commun des contrats, le régime des obligations et le droit de la preuve).

⁹¹⁸Selon les souhaits de M. LATINA, *op. cit.*, n°s 367 et s., p. 2567 et s.

⁹¹⁹V. T. GENICON, art. précité, n°s 31 et s.

⁹²⁰Pour un plaidoyer contre l'existence d'un tel principe, V. L. JOSSERAND, *Cours de Droit civil positif français*, t. 3, *Les régimes matrimoniaux, les successions légales, les libéralités*, 3^e éd., Paris : Sirey, 1940, n° 1349, p. 818 ; W. DROSS, « L'irrévocabilité spéciale des donations existe-t-elle ? », art. précité ; Ph. MALAURIE et C. BRENNER, *op. cit.*, n° 460, p. 238.

⁹²¹V. F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *op. cit.*, n° 497, p. 451 et s.

consubstantiel de la donation⁹²². Pour cet auteur, l'irrévocabilité doit être vue non comme un élément naturel, mais essentiel de la donation : ce principe serait la conséquence de l'intention libérale qui « n'est pas seulement la conscience et la volonté de réaliser un transfert patrimonial », mais également « la conscience et la volonté de réaliser un transfert patrimonial définitif »⁹²³. Toute clause contraire constituerait « une négation de l'intention libérale ; probablement, elle établirait l'absence de cette dernière »⁹²⁴. Finalement, l'admission de droits potestatifs en matière de libéralité serait possible sous réserve de respecter les exigences propres à l'intention libérale⁹²⁵.

Le principe de l'irrévocabilité spéciale des donations n'est pas aisé à cerner parfaitement. Pourtant, la reprise d'apport semble difficilement pouvoir caractériser une telle condition.

ii. Application à la reprise d'apport

141. La reprise conditionnée à la dissolution de l'association. En matière de reprise d'apport, *l'événement auquel la condition est attachée est la dissolution de l'association*. En d'autres termes, il ne s'agit pas d'un événement sous la dépendance directe de la volonté de l'apporteur. Une telle condition ne peut être érigée en condition purement potestative. Tout au plus, peut-elle être qualifiée de simplement potestative lorsque l'apporteur a sur la dissolution de l'association une quelconque emprise indirecte. De prime abord, il paraît délicat de reconnaître une influence à l'apporteur sur une éventuelle dissolution judiciaire ou administrative, qui en tout état de cause dépend de circonstances extérieures objectives⁹²⁶ : la poursuite d'activités illicites, une mésentente des membres, le non-respect des obligations de déclaration, etc⁹²⁷. Reste l'éventuelle influence de l'apporteur sur la *dissolution volontaire* de l'association par l'assemblée générale de l'association à laquelle il participe⁹²⁸. Encore

⁹²²V. H. LÉCUYER, art. précité, spéc. p. 411 et s. Dans le même sens, V. T. GENICON, art. précité, n° 6.

⁹²³V. *ibidem*.

⁹²⁴V. *ibid.*

⁹²⁵V. T. GENICON, art. précité, n° 32.

⁹²⁶Encore que la situation a pu se présenter (V. CA Rennes, 8 octobre 1969, *RTD civ.* 1970, p. 372, obs. G. CORNU). En l'espèce, l'héritier de l'apporteur avait demandé, et obtenu, la dissolution judiciaire de l'association en raison de l'absence d'activités de celle-ci. Ce faisant, il avait pu récupérer l'apport de son père.

⁹²⁷V. M. BÉHAR-TOUCHAIS et L. LEGROS, *Rép. civ. dalloz*, v° *Association*, n°s 260 et s.

⁹²⁸Dans une affaire soumise à la Cour de cassation, un associé d'une société à durée illimitée, avait fait donation des revenus présents et à venir de ses parts sociales à un groupement sans but lucratif. L'un de ses héritiers soutenait que la donation était soumise à une condition potestative, donc nulle, dans la mesure où le donateur pouvait à tout moment décider de dissoudre par avance la société révoquant ainsi la donation. La Haute juridiction estime cependant que « le droit de dissolution anticipée ouvert à l'associé donateur faisait dépendre d'une condition mixte, et non d'une condition potestative, la donation du revenu des parts » dans la mesure où elle dépendait également de circonstances objectives appréciées par les juridictions puisque

faudrait-il que l'apporteur puisse jouer un rôle actif sur une telle dissolution. Cette hypothèse est hautement improbable ; les règles de gouvernance d'une association laissent peu de place à l'apporteur : chaque membre détient en principe une voix⁹²⁹. Sauf à ce que les statuts confèrent des droits de vote supplémentaires à l'apporteur au point de lui conférer la majorité qualifiée nécessaire à la dissolution de l'association, la clause de reprise d'apport ne constitue pas une condition potestative ; elle ne confère pas à son auteur la possibilité de retenir d'une main ce qu'il a donné de l'autre.

Au contraire, l'apporteur lorsqu'il se dépouille au profit de l'association désire l'aider à réaliser son œuvre. Conscient de ne pas recevoir de contrepartie, il est animé d'une véritable intention libérale⁹³⁰. La stipulation d'une clause de reprise ne contrarie cette intention. Elle en est la meilleure illustration⁹³¹.

142. Conclusion sur l'apport. Finalement, les arguments classiques opposés à la qualification de l'apport aux associations comme libéralité souffrent de nombreuses critiques. Ils ne sauraient prospérer. Une fois les obstacles dépassés, rien n'empêche de requalifier l'apport comme une libéralité. D'une part, l'élément matériel ne peut être discuté⁹³² : l'apporteur abandonne un droit réel sans contrepartie équivalente⁹³³. D'autre part, conscient de ce sacrifice, l'apporteur est bien animé d'une intention libérale et cela quand bien même il poursuivrait un intérêt moral. Il n'est pas surprenant que les apports aux associations aient pu être présentés comme des « bâtards du droit des libéralités »⁹³⁴.

143. Vers une évolution de la jurisprudence ? La Cour de cassation a peut-être franchi un pas en ce sens. Dans un arrêt du 23 janvier 2008, publié au bulletin, sa première Chambre civile a décidé d'appliquer à l'apport à une association l'article 900-1, alinéa 2 du Code civil qui vise la validité des clauses d'inaliénabilité en matière de libéralité⁹³⁵. L'interprétation de

« l'[ancien] article 1869 du code civil n'ouvre à un associé, dans une société à durée illimitée, le droit de demander la dissolution de la société que si cette demande n'est point faite a contretemps » (V. Civ. 1^{re}, 28 mai 1974, n° 72-14.259, *Bull. civ. I*, n° 157 ; *Defrénois* 1974, art. 30713, note A. PONSARD). Interprétée *a contrario* cette solution implique que fautes de circonstances objectives, la condition serait qualifiée de potestative au sens de l'article 894 du Code civil.

⁹²⁹V. M. BÉHAR-TOUCHAIS et L. LEGROS, *op. cit.*, n° 214.

⁹³⁰Sur la définition de celle-ci, V. *supra*, n° 35.

⁹³¹V. *infra*, n° 449.

⁹³²Sur celui-ci, V. *supra*, n° 27.

⁹³³La thèse du Doyen GÉNY (V. *supra*, n° 70132.) est présentée comme permettant de dépasser la distinction des actes à titre gratuit et des actes à titre onéreux. V. M. BÉHAR-TOUCHAIS et C. LEGROS, *Rép. civ. dalloz*, v° *Association*, n° 62. Il n'en est rien. Reposant sur la création d'un nouveau droit réel, la nature de la constitution de ce dernier devait nécessairement se poser dans les mêmes termes.

⁹³⁴V. F. SARDA, « Libéralités et personnes morales », *LPA* 1995, n° 55, p. 18 et s.

⁹³⁵Civ. 1^{re}, 23 janvier 2008, n° 06-16.120, *Bull. civ. I*, n° 19 ; *Defrénois* 2008, p. 971 et s., note Ph. MALAURIE ; *D.A* 2008, n° 2, p. 8, obs. S. de LA TOUANNE. Sur de telles clauses, V. *infra*, n° 183.

cette décision n'est pas simple. Les faits étaient complexes ; les biens objets du litige avaient préalablement été affectés à une fondation, puis apportés à l'association plusieurs décennies après par le descendant du fondateur. De surcroît, la Haute juridiction judiciaire a récemment admis que l'article 900-1 du Code civil ne gouverne pas les seules libéralités⁹³⁶, mais également les actes à titre onéreux⁹³⁷. En cela, elle s'est écartée des préconisations de la majorité de la doctrine qui défend une application restrictive de cette disposition⁹³⁸. Il est alors possible de voir dans cette décision, une simple confirmation de cette jurisprudence.

Une seconde interprétation plus audacieuse peut être soutenue. Dans son chapeau introductif, la Haute juridiction reprend soigneusement le contenu du texte visant expressément les « libéralités consenties à des personnes morales ». Aussi, peut-on être tenté de voir dans cette solution, une reconnaissance implicite de la véritable nature de l'apport. Les auteurs s'intéressant à cette décision se placent d'ailleurs sur le terrain des libéralités aux personnes morales⁹³⁹. Dans cette analyse, on est conforté par le titrage de l'arrêt : « Donation - Clause d'inaliénabilité - Libéralités consenties à des personnes morales - Effet » et par le résumé qu'en fait la Cour de cassation elle-même : « Les dispositions de l'article 900-1 du code civil ne préjudicient pas aux libéralités consenties à des personnes morales ».

L'apport n'est pas la seule institution dont la qualification pose des difficultés. Il n'est pas aisé de qualifier le parrainage culturel.

⁹³⁶L'article 900-1 du Code civil n'aurait fait que consacrer la jurisprudence rendue sous l'empire du droit antérieur, laquelle ne distinguait pas entre la nature des actes. V. A. SÉRIAUX, *J.-Cl. civil code*, art. 900-1, fasc. unique : « Libéralités – Dispositions générales – Clauses d'inaliénabilité », n° 1 ; Ph. SIMLER, art. précité, n° 22. Sur l'état du droit avant la loi n° 71-526 du 3 juillet 1971, V. F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Droit civil : Les biens*, 9^e éd., Paris : Dalloz, 2014, coll. « Précis. Droit privé », n° 129, p. 134.

⁹³⁷V. Civ. 1^{re}, 31 octobre 2007, n° 05-14.238, *Bull. civ. I*, n° 337 ; *RD bancaire et fin.* 2010, n° 2, étude 10, obs. C. FERRY ; *LPA* 2008, n° 189, p. 6, note C. KUHN ; *RDC* 2008, p. 248, obs. Y.-M. LAITHIER ; *RLDC* 2008, n° 45, p. 37, obs. G. MARRAUD DES GROTTES ; *JCP N* 2008, 1064, note R. MORTIER ; *RTD civ.* 2008, p. 126 et s., obs. T. REVET ; *D.* 2008, p. 963, obs. A.-L. THOMAT-RAYNAUD.

⁹³⁸V. S. MILLEVILLE, *Les restrictions au droit de disposer*, thèse de doctorat en droit, Paris : Université Paris II, 2008, n° 232, p. 171 ; J. HUET, G. DECOQ, C. GRIMALDI, et al., *Traité de droit civil : Les principaux contrats spéciaux*, 3^e éd., Paris : LGDJ-Lextenso éd., 2012, n° 11147, p. 100 ; P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil : contrats spéciaux*, 7^e éd., Paris : LexisNexis, 2013, coll. « Manuels », n° 113, p. 105. *Contra* Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 7^e éd., Issy-les-Moulineaux : Defrénois-Lextenso éd., 2014, coll. « Droit civil », n° 176, p. 123. Une telle restriction découlerait du caractère « tout à fait exceptionnel » de l'inaliénabilité car « il est contraire à l'ordre public que certains biens soient soustraits à la libre circulation des biens », V. M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 10, *Contrats civils*, 1^{re} partie, avec le concours de J. HAMEL et B. PERREAU, Paris : LGDJ, 1932, n° 33, p. 27.

⁹³⁹V. Ph. MALAURIE, note ss Civ. 1^{re}, 23 janvier 2008, *Defrénois* 2008, p. 971 ; S. de LA TOUANNE, obs. ss Civ. 1^{re}, 23 janvier 2008, *D.A.* 2008, n° 2, p. 8.

C. Le parrainage culturel

Le parrainage est un outil à la disposition des seules sociétés commerciales qui peuvent soutenir certains groupements tout en faisant leur propre promotion. À l'instar des apports aux associations, les opérations de parrainage permettent aux groupements à but non lucratif de profiter de ressources auxquelles ils ne pourraient pas forcément prétendre au titre des libéralités. Considérées comme des actes à titre onéreux, les dépenses de parrainage peuvent être adressées à tous les groupements dès lors qu'ils jouissent de la personnalité juridique. Pour autant, le titre onéreux n'est pas à même d'englober toutes les opérations de parrainage. Au contraire, il convient de distinguer en leur sein le parrainage culturel et le parrainage sportif. Une fois cette division opérée, rien ne s'oppose à ce que le parrainage culturel soit requalifié en libéralité. Pour ce faire, plusieurs obstacles devront être franchis.

Une nouvelle fois, la présentation du parrainage culturel (1) précédera la réfutation des obstacles à la qualification de libéralité (2).

1. Présentation

144. Définitions du parrainage. À la différence des précédentes institutions, il existe de nombreuses définitions textuelles du parrainage. La première est expresse et réglementaire : elle est donnée par un arrêté ministériel du 6 janvier 1989, qui définit le parrainage par opposition au mécénat⁹⁴⁰. Ainsi, *le parrainage se définit comme « le soutien matériel apporté à une manifestation, à une personne, à un produit, ou à une organisation en vue d'en retirer un bénéfice direct »*⁹⁴¹. Quant au mécénat, il constitue « *le soutien matériel apporté, sans contrepartie directe de la part du bénéficiaire, à une œuvre, ou à une personne pour l'exercice d'activités présentant un intérêt général* »⁹⁴². Alors que le parrain attend un bénéfice direct, le mécène ne recherche aucune contrepartie. Le parrainage est alors présenté comme un acte à titre onéreux, le mécénat comme un acte à titre gratuit.

⁹⁴⁰L'arrêté préconise l'utilisation du terme parrainage par préférence au « sponsoring », terme qui d'ailleurs désignerait tout autant le mécénat que le « sponsoring » à la française (V. A. BARABE, « Le mécénat va-t-il supplanter le sponsoring ? », *LPA* 1991, n° 108, p. 4 et s.).

⁹⁴¹Article Annexe I à l'arrêté ministériel du 6 janvier 1989 *relatif à la terminologie économique et financière* aux termes duquel : « Parrainage, n.m. Anglais : sponsoring (*sponsorship*). Voire aussi : parrainage. Domaine : Économie/Finances. Définition : Soutien matériel apporté à une manifestation, à une personne, à un produit ou à une organisation en vue d'en retirer un bénéfice direct. Note : Les opérations de parrainage sont destinées à promouvoir l'image du parrain et comportent l'indication de son nom ou de sa marque ».

⁹⁴²Article Annexe I à l'arrêté ministériel du 6 janvier 1989 *relatif à la terminologie économique et financière* aux termes duquel : « Mécénat, n.m. Anglais : sponsor. Domaine : Économie/Finances. Définition : Soutien matériel apporté, sans contrepartie directe de la part du bénéficiaire, à une œuvre ou à une personne pour l'exercice d'activités présentant un intérêt général ».

De son côté, la loi ne définit pas le parrainage de manière expresse ; elle ne s'y réfère qu'implicitement en matière fiscale pour le calcul du bénéfice net imposable afin de déterminer l'impôt sur les sociétés⁹⁴³. Selon le texte, le bénéfice net imposable est établi après déductions d'un certain nombre de charges au rang desquelles :

les dépenses engagées dans le cadre de manifestations de caractère philanthropique, éducatif, scientifique, social, humanitaire, sportif, familial, culturel ou concourant à la mise en valeur du patrimoine artistique, à la défense de l'environnement naturel ou à la diffusion de la culture, de la langue et des connaissances scientifiques françaises, lorsqu'elles sont exposées dans l'intérêt direct de l'exploitation.

Il résulte des travaux préparatoires que ce texte vise uniquement les dépenses des sociétés au titre du parrainage, voire de la « sponsorship »⁹⁴⁴. Comme dans l'arrêté, l'accent est mis sur le fait que les dépenses doivent être engagées dans l'intérêt de l'exploitation, à savoir engendrer un bénéfice direct.

145. Distinction du parrainage sportif et du parrainage culturel. À cet égard, le sponsoring est constamment présenté comme une opération commerciale, une opération publicitaire, voire une opération de communication⁹⁴⁵. De nombreux auteurs n'hésitent plus à parler du « *parrainage publicitaire* » comme si les deux notions devaient nécessairement se confondre⁹⁴⁶. D'un point de vue comptable, les dépenses de sponsoring apparaissent dans les charges de publicité⁹⁴⁷. Il est certain que la finalité des opérations de parrainage est d'assurer une certaine publicité du parrain. Pour autant, une telle assimilation entre parrainage et publicité est regrettable tant elle est source de confusions. Elle résulte d'un raisonnement biaisé construit à partir de l'exemple du sport professionnel.

Le parrainage, au sens de la loi et du règlement, doit être compris comme *un soutien financier apporté à une manifestation*. Le parrainage est aux sociétés commerciales ce que les

⁹⁴³CGI, art. 39, 1, 7°, introduit par L. n° 87-571 du 23 juillet 1987.

⁹⁴⁴V. Rapp. Sénat 1986-1987, n° 231, p. 40 ; Rapp. AN 1986-1987, n° 836, p. 111.

⁹⁴⁵V. Ph. BAUX, « Le sponsoring : une nouvelle technique de communication », in *Mélanges offerts à Pierre Vigreux*, Toulouse : I.P.A.-I.A.E, 1981, 2 vol., coll. « Collection Travaux et recherches de l'I.P.A.-I.A.E », p. 71 et s. ; C. LAPOYADE-DESCHAMPS, « Un contrat au service de l'entreprise : le sponsoring », in *Les activités et les biens de l'entreprise : mélanges offerts à Jean Derruppé*, Paris : GLN-Joly : Litec, 1991, p. 125 et s., p. 125 et s.

⁹⁴⁶V. D. GRILLET-PONTON, *J-Cl. contrats-distribution*, fasc. 4050 : « Le contrat de parrainage publicitaire » ; C. HUGUET, « À propos du contrat de « sponsoring » : le parrainage publicitaire », *JCP E* 1980, 8940 ; D. ROSKIS, « Les limites des méthodes traditionnelles de qualification contractuelle : le parrainage publicitaire », *D.* 1999, p. 443 et s. ; J.-M. MARMAYOU et F. RIZZO, *Contrats de sponsoring sportif*, Lamy, 2010.

⁹⁴⁷Selon une note de l'Administration fiscale en date du 12 avril 1985 dont il est fait mention dans les travaux parlementaires sur la loi relative au mécénat (V. JO AN CR 1987, n° 45, p. 1038).

subventions publiques sont aux collectivités et établissements publics⁹⁴⁸. Tel n'est pas le cas en matière de grands rendez-vous sportifs. Le parrain n'entend pas soutenir une manifestation, quand bien même elle jouerait un rôle important dans son financement, mais rémunère une prestation. La société paye le prix de la mise à disposition ou la vente d'un support matériel permettant la promotion de la marque du sponsor dont le quantum dépend de notoriété de l'événement⁹⁴⁹. Le contrat est nécessairement à titre onéreux. Du côté de la personne morale « soutenue », une telle activité est lucrative et augmente ses ressources dites « auto-gérées ». De telles opérations sont incompatibles avec une *définition pure du parrainage*. S'il est certain que la frontière n'est pas toujours aisée à fixer, une telle distinction est préférable à une assimilation pure et simple du parrainage aux opérations de publicité. De surcroît, cette telle analyse correspond à l'esprit de la loi de 1987⁹⁵⁰. Quant à la loi fiscale, elle distingue les dépenses publicitaires des dépenses de parrainage⁹⁵¹.

À côté d'un « parrainage publicitaire », ne répondant pas aux définitions susvisées et dans lequel le parrain est en réalité un véritable sponsor, il existe un *parrainage stricto sensu compris comme un parrainage culturel*⁹⁵². Le sponsoring est différent du parrainage. Seul ce dernier sera l'objet de cette étude. Il peut seul être comparé au mécénat des sociétés commerciales. Au même titre que celui-ci, il peut revêtir des formes diverses⁹⁵³.

Si le parrainage sportif est incompatible avec la qualification de libéralité, en ce qui concerne le parrainage culturel, l'affirmation est moins évidente.

⁹⁴⁸Un tel lien se retrouve dans les travaux préparatoires de la loi relative au mécénat. Le ministre rappelle que les sociétés peuvent avoir recours à des conventions pluriannuelles en matière de parrainage à l'instar de ce qui se passe en matière de subventions publiques (V. JO Sénat CR 1987, n° 30, p. 1344).

⁹⁴⁹Sur la qualification d'un tel contrat et ses débats, V. D. ROSKIS, « Les limites des méthodes traditionnelles de qualification contractuelle : le parrainage publicitaire », *D.* 1999, p. 443 et s.

⁹⁵⁰Lors de la discussion générale autour de la loi relative au mécénat, un parlementaire a mis en garde contre la possibilité de soutenir à des fins publicitaires au travers cette loi de grands clubs sportifs dont les dépenses relèvent davantage d'une législation spéciale (V. JO Sénat CR 1987, n° 29, p. 1298).

⁹⁵¹CGI, art. 39, 1, 7°. *Adde* BOI-BIC-CHG-40-20-40-20120912, n° 120.

⁹⁵²Une telle expression dans les travaux parlementaires (V. JO AN CR 1990, n° 31, p. 1689).

⁹⁵³À titre principal, le mécénat vise des hypothèses de transferts gratuits au profit de certains organismes philanthropiques. Mais la loi du 1^{er} août 2003 *relative au mécénat, aux associations et aux fondations* prévoit d'autres modes d'intervention pour les entreprises en contrepartie d'exonérations fiscales. Elles peuvent acquérir des trésors nationaux pour leur compte (CGI, art. 238 *bis* 0 AB), ou des œuvres originales d'artistes vivants sous réserve qu'elles restent exposées au public pendant une certaine période (CGI, art. 238 *bis* AB, al. 1^{er}), voire des instruments de musique sous réserve de les mettre à la disposition d'artistes interprètes (CGI, art. 238 *bis* AB, al. 4). Sur ces questions, V. M. KOTZARIKIAN, « La loi du 1^{er} août 2003 : vrai mécénat ou faux parrainage ? », *Légicom* 2006, n° 2, p. 51 et s. *Adde* C. COLOMBET, « Mécénat et propriété littéraire et artistique », in *Mélanges dédiés à Dominique Houlleaux*, Paris : Litec, 1990, p. 61 et s. Sur le mécénat de compétence, V. F. JOURDIAN-THOMAS, « Expression de solidarités différentes : fonds de dotation, mécénat en compétence », *JCP N* 2010, 1388. Les autres formes de parrainage tels que les prêts à usage ou autres mises à disposition de biens ou de personnes ne sont pas susceptibles de revêtir la qualification de libéralité, tout au plus pourront-elles être qualifiées d'actes à titre gratuit et donc de contrats de services gratuits.

2. La réfutation des obstacles à la qualification de libéralité

146. Qualification du parrainage. Peu d'auteurs se sont intéressés à la qualification du contrat de parrainage⁹⁵⁴. La majorité des ouvrages se bornent à le distinguer du mécénat. À la différence du mécénat, dans le parrainage il serait tenu compte de l'intérêt direct de l'exploitation, c'est-à-dire qu'il aboutirait à des retombées économiques. Par ailleurs, un certain nombre d'obligations peuvent être stipulées et s'imposer au parrainé au rang desquelles une obligation de promouvoir l'image du parrain. Le parrainage reposerait sur un contrat synallagmatique à titre onéreux⁹⁵⁵. Certains auteurs y voient un simple contrat d'entreprise⁹⁵⁶, d'autres, un contrat innomé se rapprochant du contrat d'entreprise réciproque, du prêt à usage et de la donation avec charge⁹⁵⁷. Quant à la jurisprudence, elle n'a eu à se prononcer que sur des parrainages sportifs. Dans un arrêt du 9 mai 1966, la Cour de cassation a retenu que le prêt en vertu duquel un garage mettait à disposition d'un sportif une voiture à des fins publicitaires ne pouvait relever du prêt à usage puisque les deux parties tiraient un avantage⁹⁵⁸. Plus récemment, la Cour d'appel de Versailles a décidé qu'un contrat de parrainage, conclu avec une équipe cycliste, pouvait comporter une clause de restitution du matériel dans la mesure où l'article 944 du Code civil, sur l'irrévocabilité des donations, n'était pas applicable au contrat de parrainage. Selon la Cour, le contrat s'identifiait à une convention synallagmatique dépourvue d'intention libérale et comportait des obligations réciproques à la charge des deux parties⁹⁵⁹. Ces deux décisions s'opposent à ce que le parrainage soit qualifié d'acte à titre gratuit.

Pourtant, une solution contraire peut être défendue : le caractère onéreux du parrainage ne résulte ni de la recherche de retombées économiques (a), ni de l'obligation de promouvoir l'image (b).

⁹⁵⁴Pour une étude consacrée aux liens entre le mécénat et le parrainage, V. V. GUEDJ, *Essai sur le régime juridique des fondations*, thèse de doctorat, Paris : Université de Paris II, 1999, nos 93 et s., p. 74 et s.

⁹⁵⁵V. F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 10^e éd., Paris : Dalloz, 2015, coll. « Précis. Droit privé », n° 800, p. 764 et s.

⁹⁵⁶V. *ibidem*. Adde A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 11^e éd., Paris : LGDJ-Lextenso éd., 2015, coll. « Domat. Droit privé », n° 412, p. 317. Comp. F. BUY, J.-M. MARMAYOU, D. PORACCHIA, et al., *Droit du sport*, 4^e éd., Paris : LJDG-Lextenso éd., 2015, coll. « Manuel », n° 1333, p. 669 (en faveur d'une qualification variable). Pour autant, un auteur a montré que le contrat d'entreprise était un contrat d'un genre particulier dont il n'existerait que deux types : ceux ayant pour finalité la fourniture d'un service et ceux ayant pour finalité le transfert d'un bien (V. P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, préf. B. TEYSSIÉ, Paris : Éd. Panthéon-Assas, 2002, coll. « Droit privé », n° 11, p. 29 et s.). Selon lui, en matière de transfert de bien, le contrat d'entreprise regroupe les seuls contrats ayant pour objet la réalisation d'un ouvrage, il s'agirait d'une opération de progression vers une œuvre unique (à la différence de la vente de chose future prise comme une opération d'anticipation), V. *ibid*, n° 455, p. 725. À suivre cette thèse, la qualification de contrat d'entreprise n'est pas apte à qualifier le contrat de parrainage emportant transfert, voire abandon d'un droit réel.

⁹⁵⁷V. Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 715, p. 419. Comp. C. LAPOYADE-DESCHAMPS, art. précité.

⁹⁵⁸Civ. 1^{re}, 9 mai 1966, *Bull. civ.* I, n° 272.

⁹⁵⁹CA Versailles, 11 octobre 2007, n° 06/07249 ; *Cah. dr. sport* 2008, n° 11, p. 192, note F. BUY.

a. La recherche de retombées économiques

147. La comparaison avec le mécénat des sociétés commerciales. La clé de distinction entre le parrainage et le mécénat résulterait des définitions qu'en donne l'arrêté ministériel. Alors que le premier est mis en œuvre en vue de réaliser un bénéfice direct, dans le second il n'existerait aucune contrepartie. Tenant les termes de « contrepartie » et de « bénéfice » comme synonyme⁹⁶⁰, il est soutenu que le critère discriminant entre ces deux opérations reposerait sur la recherche de retombées économiques, propre à l'opération de parrainage⁹⁶¹. Une telle interprétation est discutable.

Il est évident que l'opération de mécénat, initiée par une société commerciale, poursuit une même finalité⁹⁶². Le mécénat permet à la personne, qui l'initie, de développer son image de marque⁹⁶³ et de promouvoir son nom⁹⁶⁴ ; il est un outil de communication⁹⁶⁵. Ainsi, de véritables audits sont réalisés comme pour les opérations de parrainage⁹⁶⁶. Sans cette perspective, la convention de mécénat ne pourrait prétendre respecter l'*intérêt social* de la société⁹⁶⁷. *Le mécénat comme le parrainage sont des opérations intéressées*⁹⁶⁸ ; le parrain

⁹⁶⁰Il n'est pas certain qu'il faille combiner ces deux définitions pour aboutir à un critère clivant. La définition du parrainage se place du côté du but de l'acte sans préjuger de la finalité du mécénat.

⁹⁶¹V. Ph. BAUX, art. précité ; Ph.-H. DUTHEIL et S. COUCHOUX, « Face au mécénat d'entreprise, le parrainage a-t-il encore de l'avenir ? », *Revue Banque* 2006, n° 682, HS, p. 19 et s. ; M. KOTZARIKIAN, art. précité ; F. BUY, J.-M. MARMAYOU, D. PORACCHIA, et al., *op. cit.*, n° 1331, p. 669.

⁹⁶²Au point que le mécénat a pu être qualifié de « faux parrainage » (V. M. KOTZARIKIAN, art. précité). Plus largement sur l'intérêt du mécénat d'entreprise, V. N. RAIMON, « Stratégies d'entreprise autour des fondations », *Actes prat. et strat. patr.* 2009, n° 2, p. 38 et s.

⁹⁶³V. X. DELSOL, *Mécénat et parrainage : guide juridique et fiscal*, 3^e éd., 2003, Lyon, Juris éd. ; Paris, AGECE, 2003, coll. « Référence », p. 25 et 26. *Adde* M. KOTZARIKIAN, art. précité, qui met en exergue que la création de distinction récompensant les meilleurs mécènes par le décret du 7 septembre 2005 *portant création des distinctions de mécène et de donateur du ministère de la Culture* ne fait que développer ce sentiment. *Adde* C. LAPOYADE-DESCHAMPS, art. précité. Sur la notion d'image de marque, en faveur de la reconnaissance d'un bien incorporel, V. H. MACCIONI, « L'image de marque : émergence d'un concept juridique ? », *JCP* 1996, I 3934.

⁹⁶⁴Le mécénat des sociétés commerciales participe aussi à des considérations publicitaires (V. J.-L. MESTRE, « Les fondations dans l'histoire », in C. DEBBASCH (dir.), *Les fondations, un mécénat pour notre temps ?*, Paris, Economica ; Aix-Marseille, Presses universitaires, 1987, coll. « Science et droit administratif », p. 11 et s., spéc. p. 25).

⁹⁶⁵Le législateur en a parfaitement conscience. Ainsi, le rapporteur au Sénat sur la loi n° 90-559 du 4 juillet 1990 défend « la reconnaissance du mécénat comme stratégie de communication de l'entreprise » (V. Rapp. Sénat 1989-1999, n° 213, p. 9. *Adde* Rapp. AN 1989-1990, n° 1368, p. 11).

⁹⁶⁶Sur la nécessité de tels audits, V. A. HOLLEAUX, « Fondations et mécénat », in C. DEBBASCH (dir.), *Les fondations, un mécénat pour notre temps ?*, Paris, Economica ; Aix-Marseille, Presses universitaires, 1987, coll. « Science et droit administratif », p. 48 et s., spéc. p. 57. L'ancien conseiller d'État insiste, par ailleurs, sur la nécessité d'une véritable communication autour du mécénat d'entreprise.

⁹⁶⁷Sur ces questions, V. *infra*, n° 326. *Adde* Rapp. AN 1989-1990, n° 1368, p. 36, dans lequel le rapporteur s'interroge. Après avoir rappelé que le mécénat ne saurait être entièrement désintéressé, sauf à constituer un abus de biens sociaux, il craint une interprétation stricte de l'article 238 *bis* du Code général des impôts.

⁹⁶⁸Conscients de cet état des choses, il a été soutenu que le mécène n'aspirerait qu'à un retour symbolique. Ce dernier devrait être hors de proportion avec le soutien accordé alors qu'il devrait être proportionnel pour les dépenses de parrainage. Il a été proposé de retenir un rapport d'un à quatre entre le montant du don et ce que l'entreprise retire en termes d'image et de communication (V. P. DAUBAS et S. BIGOT de LA TOUANNE, *Collecte de fonds et philanthropie : droit et fiscalité*, Lyon : Juris éd., 2009, coll. « Le Juri'Guide », n° 10.13, p. 298). Ces auteurs se fondent sur la documentation fiscale insistant sur la nécessité d'une « disproportion marquée » entre le montant du soutien et la « valorisation de la « prestation » rendue » (V. BOI-BIC-RICI-20-30-10-20-2012091, n° 110). Pour la reprise d'un tel rapport, V. P.-H. DUTHEIL et S. COUCHOUX, art. précité ; L. JAILLAIS, « Entreprise : votre générosité est-elle fiscalement déductible ? », *Option finance* 2004, n° 804, p. 32 et s. ;

comme le mécène poursuivent la réalisation d'un *intérêt matériel*. Le législateur en a toujours eu parfaitement conscience⁹⁶⁹. La porosité de la frontière entre ces deux institutions a toujours été décriée dans l'enceinte du Parlement⁹⁷⁰, au point que les parlementaires confondent bien souvent les deux mécanismes⁹⁷¹. Loin de constituer une contrepartie, la recherche de retombées économiques constitue les mobiles juridiques de l'acte⁹⁷². En matière de libéralités à caractère collectif, si le bienfaiteur peut poursuivre un intérêt moral⁹⁷³, à l'instar de l'apport, il peut également chercher à réaliser un intérêt matériel⁹⁷⁴.

148. La recherche de retombées économiques insusceptible de constituer une contrepartie. Le mécénat et le parrainage étant deux opérations intéressées, il pourrait être tentant de requalifier le premier en acte à titre onéreux, plutôt que de convertir le second en acte à titre gratuit. Pourtant, une telle démarche ne saurait aboutir : la recherche de retombées économiques ne constitue pas une contrepartie. D'abord, l'existence même de retombées économiques n'est pas certaine. L'opération peut manquer son effet et n'aboutir à aucune retombée⁹⁷⁵. La qualification de ces opérations ne saurait varier au gré des circonstances. Surtout, la notion de contrepartie réciproque, critère de disqualification du titre onéreux et du titre gratuit, repose sur une équivalence des sacrifices⁹⁷⁶ : chacune des parties au contrat doit concéder un sacrifice à l'autre. Or, les bénéfiques, même à les admettre, ne résultent pas d'un sacrifice du parrainé. Ils ne constituent donc pas une contrepartie.

F. PERROTIN, « Parrainage ou mécénat : une délicate distinction à opérer », *LPA* 2012, n° 204, p. 3 et s. Par ailleurs, il a également été prétendu qu'en matière de parrainage la recherche de retombées économiques est rapide, immédiate et supposée concomitante avec la manifestation soutenue tandis que du côté du mécénat cette recherche est plus lente, elle opère à moyen ou long terme. De telles propositions doivent être écartées. La différence entre le mécénat et le parrainage serait davantage de degré que de nature. Dans le même sens, V. Rapp. AN 1989-1990, n° 1368, p. 36.

⁹⁶⁹Dès 1987, un sénateur souligne la porosité de la frontière entre les deux institutions en estimant que « le mécénat n'est pas une activité désintéressée puisqu'il est un élément de la stratégie de communication ; il se trouve dès lors aux confins des relations publiques et du parrainage » (V. JO Sénat CR 1987, n° 29, p. 1293).

⁹⁷⁰À l'occasion des discussions autour de la loi relative aux fondations d'entreprise, un parlementaire relève avec force l'hypocrisie régnant autour de cette distinction en dénonçant la porosité de cette frontière (V. JO Sénat CR 1990, n° 15, p. 586). Une députée relève également « le caractère artificiel, dans la réalité, de la distinction entre mécénat *stricto sensu* et parrainage culturel » (V. JO AN CR 1990, n° 31, p. 1689).

⁹⁷¹La lecture des débats montre même une certaine confusion de ces institutions. Alors qu'un sénateur s'inquiète de la marge de manœuvre laissée aux associations en cas de mécénat d'entreprise, il redoute une perte de la maîtrise de leurs actions « si le soutien financier apporté par la voie du mécénat n'a pas fait l'objet d'un accord de parrainage dûment négocié » (V. JO Sénat CR 1987, n° 29, p. 1296). Un second fait référence à la liberté des donateurs en matière de parrainage (V. JO Sénat CR 1987, n° 30, p. 1344). Le parrainage ne serait qu'un « mécénat avec contrepartie » dans une logique d'exploitation, par opposition au mécénat philanthropique (V. Rapp. Sénat 1986-1987, n° 231, p. 88).

⁹⁷²V. *supra*, n° 34.

⁹⁷³V. *supra*, n° 134.

⁹⁷⁴V. *infra*, n°s 181. et s.

⁹⁷⁵Un auteur a justement relevé que l'opération de parrainage pouvait être infructueuse auquel cas on décelait mal l'existence d'une contrepartie justifiant l'onérosité de l'acte (V. D. GUÉVEL, « La gratuité intéressée : oxymore d'avenir ? », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gilles Goubeaux*, Paris : Dalloz : LGDJ-Lextenso éd., 2009, p. 229 et s., n° 46).

⁹⁷⁶V. *supra*, n° 31.

Les obligations pouvant peser sur le parrainé ne peuvent davantage constituer des contreparties réelles et réciproques.

b. *L'obligation de promouvoir l'image*

149. L'obligation non réciproque de promotion de l'image du parrain. Certains auteurs se sont intéressés à la convention de parrainage, à ses différentes obligations et à ses clauses essentielles⁹⁷⁷. Étudiées en matière de sponsoring sportif, ces différentes obligations peuvent être plus largement étendues à l'ensemble des conventions de parrainage. Aussi, ces auteurs estiment-ils que pèse sur le parrain une obligation de verser au parrainé « une rémunération » en numéraire ou en nature en contrepartie d'un certain nombre d'obligations réciproques. L'obligation principale incombant au parrainé est de *promouvoir l'image*, la *marque* ou encore les *signes distinctifs du parrain*⁹⁷⁸. Il s'agit d'une obligation de faire. Le plus souvent, l'objet de cette obligation est précisé par la convention et emporte des prescriptions précises en matière d'affichage du nom ou de la marque de manière lisible. Parfois, d'autres obligations secondaires, de ne pas faire, sont stipulées, notamment des obligations d'exclusivité et de loyauté⁹⁷⁹. Elles ne sont que l'accessoire de l'obligation principale.

Les mêmes obligations pèsent sur le bénéficiaire d'une opération de mécénat. Au plan pratique, aucune différence n'est perceptible entre ces deux catégories d'opérations⁹⁸⁰. Sauf à admettre que la promotion de l'image soit également une contrepartie dans le mécénat, elle ne saurait l'être davantage dans le sponsoring.

Ensuite, *la définition même du parrainage démontre qu'il est par essence un contrat déséquilibré* ; il est un *contrat finalisé*. Le déséquilibre des prestations participe de sa définition. Le soutien du parrain est motivé par « l'intérêt direct de l'exploitation », c'est-à-dire par les retombées économiques à venir, réelles ou supposées. En d'autres termes, si le parrain s'engage c'est en considération de ces retombées et non pas de l'obligation du

⁹⁷⁷V. F. MONNERVILLE, « Le parrainage sportif : aspects contractuels », *Légicom* 2000, n° 3, p. 75 et s. ; J.-M. MARMAYOU, « Approche rédactionnelle des contrats de parrainage sportif », *Cah. dr. sport* 2008, n° 13, p. 31 et s. ; N. BOURZAT, « Les clauses essentielles du contrat de sponsoring », *RJES* 2010, p. 32 et s.

⁹⁷⁸Sur celle-ci, V. V. GUEDJ, *op. cit.*, n° 99, p. 78.

⁹⁷⁹Aux termes de cette dernière, le parrainé ne doit pas avoir un comportement tel qu'il nuirait à l'image de marque.

⁹⁸⁰La même place est généralement attribuée à l'image du mécène et du parrain, leur taille est similaire, la mention de leur participation identique. Seules les mentions « avec le parrainage de [...] » ou alors la société X « mécène » de l'opération permettent en pratique de faire une différence. Il est remarquable que pour certains événements, mécènes et parrains soient mis sur un pied d'égalité. Il est discutable que les retombées économiques puissent être plus importantes pour les uns que pour les autres.

parrainé. La recherche de retombées économiques constitue *le motif déterminant* du partenaire, elle cause son sacrifice. À aucun moment, il ne voit, dans les obligations pesant sur le parrainé, une *contrepartie subjective* à son propre sacrifice. Ainsi, la promotion de cette image, bien que constituant indéniablement une obligation synallagmatique, ne saurait être vue comme équivalente⁹⁸¹.

150. Conclusion sur la qualification de parrainage culturel. De ces développements, il résulte que le mécénat d'entreprise et le parrainage culturel sont deux institutions fort proches au point qu'il convient de leur reconnaître la même qualification. Chaque fois, la société commerciale souhaite obtenir des retombées économiques ; chaque fois, le groupement bénéficiaire est tenu de promouvoir l'image du partenaire. Pour autant, le titre gratuit est compatible avec ces opérations. Du côté de l'élément matériel, l'absence de contrepartie réciproque est acquise. Simplement, l'opération est affectée d'une charge. Quant à l'intention libérale, elle ne s'oppose pas à ce que le disposant poursuive un intérêt matériel⁹⁸². Soucieux de développer son image et ses activités économiques, le partenaire consent sciemment et volontairement un sacrifice sans recevoir de contrepartie équivalente. Le parrainage peut donc être requalifié en libéralité. En réalité, si les deux opérations sont distinctes, c'est seulement au regard de l'affectation qui en résulte⁹⁸³.

Au rang des libéralités originales, il convient de s'attarder enfin sur les subventions.

D. Les subventions

151. Les subventions publiques. La notion de subvention n'est pas nouvelle, elle a été rencontrée lors de l'étude de l'admission des libéralités en droit public. À ce stade, il a été constaté que le vocabulaire juridique définissait la subvention comme « une aide financière sans contrepartie » généralement allouée par les pouvoirs publics⁹⁸⁴.

Les subventions publiques sont donc celles réalisées par une personne morale de droit public au profit d'un groupement poursuivant des intérêts collectifs. Elles sont par nature aléatoires,

⁹⁸¹La considération de la promotion de l'image n'est pas pour autant sans importance. Elle contribue dans le choix du parrainé et dans le choix de l'opération soutenue. À cet égard, le contrat de parrainage est nécessairement un contrat *intuitu personæ*.

⁹⁸²V. *supra*, n° 35.

⁹⁸³V. *infra*, n° 178.

⁹⁸⁴V. G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., Paris : PUF, 2014, coll. « Quadrige », v° *Subvention*.

irrégulières, discrétionnaires et précaires⁹⁸⁵. Il a été montré que ces subventions sont une manifestation importante de l'admission des libéralités publiques⁹⁸⁶. Il n'est plus question à ce stade de revenir sur cette qualification. Faute de contrepartie, la subvention trouve nécessairement sa place au sein d'une étude consacrée aux libéralités à caractère collectif et ce d'autant plus qu'elle constitue un mode traditionnel de financement des organismes défendant les intérêts collectifs⁹⁸⁷.

152. Les subventions d'employeur au comité d'entreprise. Si les auteurs des subventions sont principalement des personnes publiques, il peut également s'agir de personnes privées. Les subventions de l'employeur au comité d'entreprise illustrent cette possibilité. Leur singularité mérite une attention toute particulière, encore que l'hypothèse dans laquelle ces subventions reposent sur la volonté de l'employeur est en réalité rare. « Vrai laboratoire pour les sources du droit civil »⁹⁸⁸, le droit du travail offre une nouvelle fois l'opportunité de nourrir une réflexion civiliste⁹⁸⁹. À cet égard, l'étude de la nature de la subvention de l'employeur au comité d'entreprise est particulièrement intéressante.

Afin que le comité d'entreprise puisse réaliser ses missions, la loi veille à ce qu'il soit doté de moyens suffisants⁹⁹⁰. Ainsi, elle impose à l'employeur de participer à son financement en créant deux catégories de subventions : d'abord, l'employeur doit verser au comité d'entreprise une *subvention dite de fonctionnement*⁹⁹¹ ; ensuite, l'employeur est tenu de contribuer au « financement des institutions sociales du comité d'entreprise »⁹⁹². La loi

⁹⁸⁵V. G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, t. 2, *La notion de service public, les individus au service public, le statut des agents publics*, 3^e éd., Paris : M. Giard, 1930, rééd., Paris : Dalloz, 2004, p. 49 ; R. HERTZOG, « Linéament d'une théorie des subventions », *RF fin. publ.* 1988, n° 23, p. 5 et s., spéc. p. 27.

⁹⁸⁶V. *supra*, nos 48. et s.

⁹⁸⁷Elles représentaient 24,7 % des ressources des associations (en 2011) et 11 % de celles des fondations (sur la période 2001-2010) (V. TCHERNONOG, *Le paysage associatif français, mesures et évolutions : économie, sociologie*, 2^e éd., préf. V. FOURNEYRON, postf. H. SIBILLE, Paris, Dalloz ; Lyon, Juris éd., 2013, coll. « Hors série », p. 162 ; O. de LAURENS, *Les fonds et fondations en France de 2001 à 2010*, étude mai 2011, p. 36). À ce stade, il faut distinguer la subvention publique, du *prix de journée, ou prix journalier* ou encore dotation globale (V. *supra*, note n° 236, n° 50.), qui représente également une part importante des ressources de ces organismes (42 % pour fondations et 22 % pour les associations). Adde J.-M. PONTIER, « Relations financières pouvoirs publics-associations », *JCP A* 2010, act. 88).

⁹⁸⁸V. N. MOLFESSIS, « La nature des recommandations patronales », *RTD civ.* 2000, p. 200 et s.

⁹⁸⁹V. P.-Y. GAUTIER, « Les interactions du droit du civil et du droit du travail », in B. TEYSSIÉ (dir.), *Les sources du droit du travail*, Paris : PUF, 1998, p. 129 et s., n° 145.

⁹⁹⁰À cet égard, l'employeur est notamment tenu de mettre à sa disposition un local et le matériel nécessaire à son fonctionnement (C. trav., art. L. 2325-12).

⁹⁹¹C. trav., art. L. 2325-43. Cette subvention est versée annuellement et doit être d'un montant équivalent à 0,2 % de la masse salariale brute. Sur son calcul, V. M. COHEN et L. MILET, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, 11^e éd., Paris : LGDJ-Lexenso éd., 2014, n° 778 et s., p. 454 et s.

⁹⁹²C. trav., art. L. 2323-86. La contribution de l'employeur ne peut pas « être inférieure au total le plus élevé des sommes affectées aux dépenses sociales de l'entreprise atteintes au cours des trois dernières années précédant la prise en charge des activités sociales et culturelles par le comité d'entreprise » étant entendu que le texte fixe une deuxième limite tenant compte du montant global des salaires. Sur ces calculs, V. M. COHEN et L. MILET, *op. cit.*, n° 1730 et s., p. 915 et s. ; E. BLEDNIAK et E. CHRETIENNOT, *Comité d'entreprise : élections, fonctionnement, protection, prérogatives économiques et sociales*, 15^e éd., Paris : Dalloz, 2007, coll. « Encyclopédie Delmas », n° 923 et s., p. 208 et s. En d'autres termes, aucun montant n'est imposé par la

confère, en effet, au comité d'entreprise des attributions générales en matière sociale et culturelle⁹⁹³. Cette seconde subvention a donc pour objet d'aider le groupement à réaliser son œuvre. Ces deux obligations sont d'ailleurs cumulatives⁹⁹⁴. Dans la mesure où la loi se borne à fixer des seuils légaux, il n'est pas rare que la négociation collective conduise à un relèvement de ces derniers⁹⁹⁵. En dehors de cette hypothèse, l'employeur peut également s'engager à verser des subventions au comité d'entreprise au-delà des seuils légaux ou conventionnels. En général, il préfère augmenter les subventions culturelles et sociales plutôt que celles de fonctionnement⁹⁹⁶. Les subventions vont alors trouver leur source dans la volonté unilatérale de l'employeur⁹⁹⁷. Comme toujours, la jurisprudence n'est pas encore fixée sur la nature de cette déclaration de volonté⁹⁹⁸ : elle oscille entre l'usage d'entreprise et l'engagement unilatéral de volonté⁹⁹⁹.

La question de la nature des subventions d'employeur n'a jamais vraiment été posée. De prime abord, la qualification de libéralité en matière de subventions patronales peut surprendre. On voit mal comment l'employeur pourrait être gouverné par une quelconque intention libérale au profit des organes de représentation du personnel. Soucieux d'apaiser le climat social, souhaitant développer l'image de marque de la société, ou participant d'une politique d'embauche, l'employeur peut désirer participer au financement des comités d'entreprise. Ce faisant, il poursuit la réalisation d'un intérêt moral¹⁰⁰⁰. Pour autant, il consent sciemment et volontairement à un sacrifice sans recevoir de contrepartie réciproque ; il réalise alors une libéralité. Reposant sur un engagement unilatéral de volonté, la subvention au comité d'entreprise constitue une donation indirecte¹⁰⁰¹.

loi qui se borne à imposer un minimum légal. Celui-ci est défini à partir de la pratique antérieure, au point que des auteurs estiment qu'il n'existerait donc aucun minimum légal général. V. M. COHEN et L. MILET, *op. cit.*, n° 1718, p. 912

⁹⁹³C. trav., art. L. 2323-83.

⁹⁹⁴C. trav., art. L. 2325-43.

⁹⁹⁵La loi encourage celle-ci. L'article L. 2261-22, II, 2° du Code du travail conditionne l'extension des conventions collectives de branche conclues au niveau national à la présence de dispositions sur le financement des activités culturelles et sociales du comité d'entreprise.

⁹⁹⁶Pour une illustration un peu particulière de subvention de fonctionnement supérieure au seuil légal, V. CE, 14 octobre 1996, n° 148093 (employeur – caisse primaire d'assurance maladie).

⁹⁹⁷À propos des subventions culturelles et sociales, V. B. TEYSSIE, *Droit du travail, relations collectives*, 9^e éd., Paris : LexisNexis, 2014, coll. « Manuels », n° 431, p. 243.

⁹⁹⁸V. *supra*, n° 60.

⁹⁹⁹La Cour de cassation continue à préférer se fonder sur l'existence d'un usage en matière de subventions d'employeurs. La Haute juridiction a pu, en effet, affirmer que « l'employeur était tenu de contribuer aux activités sociales et culturelles du comité d'entreprise et que sa contribution [pouvait être] supérieure au minimum auquel il était tenu, soit en vertu de la loi, soit en vertu d'une convention collective ou d'un usage » (V. Soc., 10 juillet 2001, n° 99-19.588, *Bull. civ. V*, n° 259 ; *Dr. soc.* 2001, p. 1014, note M. COHEN). Cette solution est constante (V. Soc., 29 octobre 2002, n° 00-16.851, *Inédit* ; Soc., 13 mai 2009, n° 08-12.514, *Bull. civ. V*, n° 132 ; *JCP S* 2009, 1378, note J.-Y. KERBOUC'H), à la différence des cours d'appel qui ont davantage recours à l'engagement unilatéral de l'employeur (V. CA Riom, 20 mai 2008, RG n° 07/00836 ; CA Paris, 13 décembre 2007, RG n° 06/12040 ; CA Paris, 16 octobre 2008, RG n° 07/05992 ; CA Versailles, 24 mai 2007, RG n° 06/03405 ; CA Versailles, 24 juin 2010, RG n° 09/01954).

¹⁰⁰⁰Sur la compatibilité des notions d'intérêt et de libéralité, V. *supra*, n° 35.

¹⁰⁰¹V. *supra*, n° 67.

Si la qualification de libéralité est refusée, à tort, à de nombreuses opérations profitant aux personnes morales, à l'inverse elle est reconnue de manière tout aussi contestable à des mécanismes qui n'en sont pas.

§2. Les fausses libéralités

Parmi les opérations bénéficiant aux groupements défendant des intérêts collectifs, certaines sont qualifiées à tort de libéralité que ce soit par le législateur qui vise expressément « les dons des établissements d'utilité publique » à l'article 6 de la loi du 1^{er} juillet 1901 ou par la pratique qui applique aux dévolutions du boni de liquidation d'un groupement dissous les mêmes règles que pour les libéralités. Aucun de ces deux mécanismes ne réalise, pourtant, une libéralité.

Ne constituent des libéralités ni les dons des établissements d'utilité publique (A) ni la dévolution de l'actif net d'un groupement dissous (B).

A. Les dons des établissements d'utilité publique

153. Un don « intermédié ». Au rang des ressources des associations, l'article 6 de la loi du 1^{er} juillet 1901 prévoit, au côté des dons manuels et des subventions publiques, les « dons d'établissements d'utilité publique ». De prime abord, il est logique de croire que ce texte tend à admettre que certaines personnes morales de droit privé, afin de réaliser leurs œuvres, puissent consentir des libéralités à des associations simplement déclarées. Ce faisant, la personne morale de droit privé serait placée dans la même situation qu'une personne publique réalisant une subvention¹⁰⁰². Il n'en est rien. Introduite par le législateur en 1987¹⁰⁰³, cette disposition a simplement pour objet de consacrer la pratique, notamment celle de la Fondation de France, consistant à « affecter » aux associations qui leur sont « affiliées » les sommes reçues de leurs propres donateurs sans formalités ni contrainte quant à l'affectation du don¹⁰⁰⁴. Les hypothèses sont connues. Elles sont de deux types.

¹⁰⁰²V. *supra*, n^{os} 48. et s.

¹⁰⁰³L. n^o 87-571 du 23 juillet 1987, art. 11.

¹⁰⁰⁴V. JO AN CR 1987, n^o 45, p. 3041.

D'une part, elle renvoie au mécanisme dit des *comptes d'association*. Initié par la pratique, le procédé a également été implicitement consacré par la loi de 1987¹⁰⁰⁵. Il vise la situation dans laquelle un établissement d'utilité publique est autorisé, par décret en Conseil d'État, à recevoir pour le compte d'autres organismes, qu'il aura précédemment agréés¹⁰⁰⁶, des libéralités. L'utilité du mécanisme est principalement fiscale¹⁰⁰⁷. Le compte d'association permet alors à l'organisme agréé de recevoir « des versements par l'intermédiaire »¹⁰⁰⁸ d'un établissement d'utilité publique.

Ensuite, l'hypothèse concerne également la technique dite de *l'affiliation*. Elle permet de gratifier une association simplement déclarée en faisant intervenir l'association à laquelle elle est affiliée. Cette dernière va être désignée comme bénéficiaire de la libéralité à charge pour elle de la retransmettre à l'association incapable de la recevoir directement. La Haute juridiction refuse de voir dans l'opération une quelconque interposition de personne¹⁰⁰⁹. Selon un auteur, un rapport quasi filial entre les deux personnes morales justifierait une telle solution¹⁰¹⁰. En d'autres termes, le groupement « profite de la personnalité générale du groupe dont il dépend »¹⁰¹¹. Comme en matière de compte d'association, cette affiliation résulte d'un *agrément privé* du conseil d'administration de la fédération d'association en vue d'accepter l'association simplement déclarée comme membre de celle-ci¹⁰¹².

Dans ces deux hypothèses, l'établissement d'utilité publique ne consent aucun don, mais il agit en qualité de simple intermédiaire. Il est tenu de réaliser ce dernier. En aucun cas, l'établissement n'est animé d'une intention libérale. Le versement résulte d'une obligation lui incombant. L'organisme de second rang est gratifié non pas par l'intermédiaire, mais par le

¹⁰⁰⁵L. n° 87-571 du 23 juillet 1987, art 5-II. Par cette disposition, le législateur a simplement consacré la pratique, dite des « comptes d'associations et de fondations » visant à développer des « pôles de mécénat » à partir d'associations ou de fondations dites « relais », initiée par la Fondation de France (V. Rapp. Sénat 1986-1987, n° 231, p. 83).

¹⁰⁰⁶V. Statuts-types, mis à jour le 15 septembre 2009, pour les associations reconnues d'utilité publique qui sollicitent l'application de l'article 5 de la loi n° 87-571 du 23 juillet 1987 modifiée sur le développement du mécénat (Brochure « Association, régime général », JO n° 1068), art. 9.

¹⁰⁰⁷V. *infra*, n° 190.

¹⁰⁰⁸L. n° 87-571 du 23 juillet 1987, art 5-II. Nous soulignons.

¹⁰⁰⁹V. Civ. 1^{re}, 15 mai 2008, n° 07-14.930, *Inédit* ; Civ. 1^{re}, 16 septembre 2010, n° 09-68.221, *Inédit* ; *Dr. famille* 2010, comm. 542, note B. BEIGNIER ; *AJ Famille* 2010, p. 542, note C. VERNIÈRES ; Civ. 1^{re}, 23 mars 2011, n° 09-70.186, *Inédit* ; *RLDC* 2011, n° 82, p. 61, obs. J. GALLOIS ; Sur l'absence de fraude à la loi, V. B. BEIGNIER, note ss Civ. 1^{re}, 16 septembre 2010, *Dr. famille* 2010, comm. 542. Et sur l'absence de simulation, V. C. VERNIÈRES, note ss Civ. 1^{re}, 16 septembre 2010, *AJ Famille* 2010, p. 542 et s.

¹⁰¹⁰V. A. PONSARD, « Sur quelques difficultés relatives à l'interprétation des testaments : le rôle du juge dans la détermination du légataire ou du bénéficiaire de la charge », *JCP* 1957, I 1385, n° 46.

¹⁰¹¹V. R. SAVATIER, obs. ss Req., 30 octobre 1934, *RTD civ.* 1935, p. 186 et s.

¹⁰¹²V. Statuts-types, Associations revêtant la forme de fédérations d'associations sollicitant la reconnaissance d'utilité publique, mis à jour le 15 septembre 2009, art. 3. En principe, le Conseil d'État refuse qu'une association membre d'une fédération reconnue d'utilité publique puisse également bénéficier d'une telle reconnaissance, sauf exceptions (V. CE, *Études et documents : rapport public 1999*, Paris : la Documentation française, 2000, coll. « ECDE », n° 50, p. 79).

disposant. L'établissement d'utilité publique ne réalise aucune libéralité. En réalité, il y a tout lieu de découvrir dans ces opérations de véritables fiducies aux fins de libéralité¹⁰¹³.

De la même manière, la dévolution de l'actif net repose sur une obligation, non pas conventionnelle cette fois, mais légale ou réglementaire.

B. La dévolution de l'actif net du groupement dissous

154. Difficultés. L'attribution du *boni de liquidation* consécutif à la dissolution d'un groupement à but non lucratif ne réalise pas davantage une libéralité. Bien souvent la liquidation de la personne morale aboutit à la *dévolution de l'actif net* à un second groupement de même nature poursuivant des objectifs similaires. Un tel transfert est imposé par la loi pour certains organismes : fondations d'entreprise¹⁰¹⁴, fondations partenariales¹⁰¹⁵ et fonds de dotation¹⁰¹⁶. Dans les autres cas, le transfert est imposé par les statuts-types approuvés par le Conseil d'État : fondations et associations reconnues d'utilité publique¹⁰¹⁷, et par analogie les fondations de coopération scientifique¹⁰¹⁸ et les fondations hospitalières¹⁰¹⁹ qui sont soumises au régime des fondations reconnues d'utilité publique.

La question de la nature de ces transferts mérite d'être soulevée car en pratique ils sont bien souvent regardés comme de véritables libéralités¹⁰²⁰. En ce sens, les praticiens s'appuient sur

¹⁰¹³V. *infra*, n° 219.

¹⁰¹⁴L. n° 87-571 du 23 juillet 1987, art. 19-2 : « en cas de dissolution d'une fondation d'entreprise, les ressources non employées et la dotation [...], sont attribuées par le liquidateur à un ou plusieurs établissements publics ou reconnus d'utilité publique dont l'activité est analogue à celle de la fondation d'entreprise dissoute » (Nous soulignons).

¹⁰¹⁵C. éduc., art. L. 719-13 : « en cas de dissolution de la fondation partenariale, les ressources non employées et la dotation, si celle-ci a été constituée et n'a pas fait l'objet de l'affectation prévue à l'article 19-6 de la loi n° 87-571 du 23 juillet 1987 précitée, sont attribuées par le liquidateur à l'une ou à plusieurs de la ou des fondations universitaires ou partenariales créées par l'établissement. Dans le cas où l'établissement ne dispose d'aucune fondation autre que celle en voie de dissolution, les ressources non employées et la dotation lui sont directement attribuées » (Nous soulignons).

¹⁰¹⁶L. n° 2008-776 du 4 août 2008, art. 140, VII : « à l'issue de la liquidation du fonds, l'ensemble de son actif net est transféré à un autre fonds de dotation ou à une fondation reconnue d'utilité publique » (Nous soulignons).

¹⁰¹⁷En matière de fondation reconnue d'utilité publique, les statuts-types adoptés par le Conseil d'État dans son avis du 13 mars 2012 (V. Annexe 3) précisent à l'article 14 que « le conseil d'administration attribue l'actif net à un ou plusieurs établissements poursuivant une finalité analogue, publics, reconnus d'utilité publique ou visés au dernier alinéa de l'article 6 de la loi du 1^{er} juillet 1901, ou à une collectivité territoriale dans les compétences de laquelle entre l'objet de la fondation » (Nous soulignons). Quant aux associations reconnues d'utilité publique, la règle est posée à l'article 19 des statuts-types en des termes similaires (V. Annexe 2). Il précise que l'assemblée générale « attribue l'actif net à un ou plusieurs établissements analogues, publics, ou reconnus d'utilité publique, ou à des établissements visés à l'article 6, alinéa 5, de la loi du 1^{er} juillet 1901 modifiée ».

¹⁰¹⁸C. rech., art. L. 344-11, al. 2.

¹⁰¹⁹C. santé publ., art. L. 6141-7-3, al. 4.

¹⁰²⁰À cet égard, la Fondation de France soumet l'acceptation de ces transferts aux règles des libéralités qui lui sont adressées.

une disposition du Code général des impôts demeurée inchangée depuis 1979. Celle-ci s'intéresse aux exonérations fiscales attachées aux transmissions réalisées par des organismes poursuivant une œuvre d'intérêt public au profit des organismes d'utilité publique. L'article 1039 dudit Code énonce que ces transmissions, si elles sont consenties dans un but d'intérêt général ou de bonne administration, ne donnent lieu à aucune imposition. Le texte précise que la forme de la transmission est indifférente de sorte qu'il serait possible d'y rattacher la dévolution de l'actif net. Pour pouvoir bénéficier de ce régime de faveur, le second alinéa impose que les biens transmis demeurent affectés au même objet. Il appartient aux pouvoirs publics de vérifier le respect de ces conditions lorsqu'ils autorisent ledit transfert¹⁰²¹. Forts de ce texte, les praticiens voient dans la dévolution de l'actif net une véritable libéralité pour deux raisons. D'abord, l'intervention des pouvoirs publics n'est pas sans rappeler l'ancienne tutelle administrative en matière d'acceptation des donations et legs adressés à certains groupements¹⁰²². Ensuite, l'exonération fiscale attachée à ces transmissions peut être rapprochée de celle existant en matière de dons et legs¹⁰²³.

155. Une succession légale d'une personne morale. Pourtant, une telle analyse ne convainc pas. Les arguments militant en faveur de celle-ci sont réversibles. La tutelle administrative n'est pas réservée aux seules mutations à titre gratuit. Elle s'étend également à certains actes à titre onéreux lorsque les statuts des groupements le prévoient¹⁰²⁴. Il n'est donc pas possible de déduire la qualification de libéralité de la seule intervention des pouvoirs publics. Quant à la disposition fiscale, l'admission l'applique autant aux actes à titre gratuit qu'aux actes à titre onéreux¹⁰²⁵. L'article 1039 du Code général des impôts ne permet pas de retenir que la dévolution de l'actif net constitue une libéralité.

En réalité, la dévolution du boni de liquidation repose sur une obligation légale, voire quasi-règlementaire. Elle n'émane pas de la volonté du groupement qui se borne uniquement à en désigner le bénéficiaire. Les transmissions ont lieu par l'effet de la loi et non par celui de la volonté. Finalement, la loi vient encadrer la disparition de la personne morale et la dévolution de son patrimoine. Pour le dire autrement, elle organise la « succession » consécutive à la « mort » du groupement.

¹⁰²¹ Par décret en Conseil d'État ou par arrêté préfectoral. En pratique, le transfert est autorisé dans le décret en Conseil d'État de dissolution de l'organisme d'utilité publique. Ce dernier abroge le décret de reconnaissance d'utilité publique et autorise le transfert au profit d'un organisme poursuivant des missions analogues.

¹⁰²² V. *infra*, n° 271.

¹⁰²³ V. *infra*, n° 198.

¹⁰²⁴ V. *infra*, n° 308.

¹⁰²⁵ V. BOI-ENR-DMTOI-10-80-20-20150521, n°s 350 et s. (actes à titre onéreux) ; BOI-ENR-DMTG-20-20-20-20150513, n° 110 (actes à titre gratuit).

156. Conclusion de la Section. Les institutions assurant le financement des groupements sont extrêmement variées. De nombreuses sont considérées comme à titre onéreux tant pour des raisons pratiques que théoriques. Pourtant, à y regarder de plus près, celles-ci présentent les différentes caractéristiques des libéralités. Ce faisant, l'assurance-vie aux fins de placement, les apports aux associations, le parrainage culturel et les subventions doivent réintégrer la catégorie des actes à titre gratuit. À l'inverse, certains actes sont considérés à tort comme réalisant de véritables libéralités. Les dons des établissements d'utilité publique ainsi que la dévolution du boni de liquidation consécutive à la dissolution de certains groupements trouvent leur fondement sur une obligation préexistante. Il ne s'agit pas de libéralité ; l'opération permet de réaliser une obligation conventionnelle, légale ou quasi-règlementaire.

157. Conclusion du Chapitre. L'étude des libéralités-participation a montré leur pluralisme : elles mettent en œuvre des mécanismes divers et variés. Certains sont issus du droit commun, mais ont une coloration particulière lorsqu'ils réalisent une libéralité à caractère collectif. Il s'agit des dons manuels consécutifs à un appel au soutien du public ou encore de la donation temporaire d'usufruit. D'autres mécanismes ont été développés spécifiquement pour accomplir des libéralités à caractère collectif. La qualification de libéralité n'est pas contestée pour certains d'entre eux. Il s'agit de la libéralité adressée aux pauvres, de l'engagement sur un programme d'action pluriannuel en matière de fondation d'entreprise ou de certaines donations innovantes. Au contraire, la qualification de libéralité est discutée pour d'autres mécanismes : assurance-vie aux fins de placement, apports aux associations, parrainage culturel et subventions. Pourtant, les différents éléments essentiels des libéralités sont réunis ; ces actes réalisent des libéralités à caractère collectif. À l'inverse, les dons des établissements publics et les dévolutions d'actif net doivent être disqualifiés.

158. Conclusion du Titre. L'étude des différentes libéralités à caractère collectif a permis de prendre conscience de la très grande variété des procédés regroupés sous ce terme. Ils peuvent être classés en deux grandes catégories selon que le bienfaiteur est ou non à l'origine de l'œuvre soutenue : d'un côté les fondations ; de l'autre les libéralités-participation. Au sein de ces deux groupes, d'autres divisions ont été nécessaires tant les mécanismes qui les

composent sont divers. Un tel état des lieux n'était possible qu'une fois certains obstacles dépassés. La présentation des différentes libéralités à caractère collectif achevée, leurs traits distinctifs peuvent être mis en évidence.

TITRE II. LES TRAITS DISTINCTIFS DES LIBÉRALITÉS À CARACTÈRE COLLECTIF

159. L'unité de la catégorie des libéralités à caractère collectif. Les libéralités à caractère collectif regroupent des mécanismes extrêmement hétérogènes. Il ne faudrait pas en déduire que chacun pourrait constituer à lui seul une sous-catégorie juridique auquel est attaché un régime propre. Un effort de systématisation est possible. À la diversité des libéralités à caractère collectif est attachée une catégorie juridique unique pour laquelle il est possible de faire émerger des traits distinctifs.

160. Des caractéristiques communes. Les libéralités à caractère collectif se rejoignent autour de caractéristiques communes. Elles sont de deux ordres. D'une part, la notion d'affectation est inhérente à celle de libéralités à caractère collectif. Ce sont des *libéralités affectées*. D'autre part, le disposant en se dépouillant au profit d'une personne morale poursuit toujours la recherche d'un intérêt. Ce sont des *libéralités intéressées*. Cet intérêt est traditionnellement moral. Ainsi, l'affectation souhaitée par le disposant manifeste son souhait de voir l'œuvre poursuivie par le groupement se réaliser de sorte que de véritables charges implicites d'affectation, c'est-à-dire d'intérêt collectif, peuvent être découvertes chaque fois qu'aucune charge expresse n'a été stipulée. À côté de cet intérêt moral, un second intérêt cette fois matériel tend à émerger. Favorable au développement du mécénat le législateur a, depuis 1987, multiplié les mécanismes incitatifs. Ainsi, les sociétés commerciales sont invitées à largement soutenir les œuvres d'intérêt collectif soit en créant des fondations, soit en participant aux œuvres déjà existantes. Le législateur a alors autorisé celles-ci à associer leur dénomination sociale à l'ensemble de ces opérations. En pratique, l'obligation de promotion de l'image de marque prend la forme d'une charge d'intérêt particulier pesant sur le bénéficiaire de la libéralité. Nul ne contestera que la société commerciale, participant à une opération de mécénat, poursuit la réalisation d'intérêts matériels compris comme la recherche de retombées économiques. Par ailleurs, le législateur a créé un régime fiscal de faveur au profit des disposants personnes morales comme des disposants personnes physiques qui tend à diminuer, voire à supprimer totalement, son appauvrissement économique réel. Finalement, le caractère intéressé des libéralités à caractère collectif est révélé tant par les charges qui la

grèvent, que par la nature avantageuse de certaines d'entre elles. Les libéralités à caractère collectif sont à la fois affectées et intéressées.

161. Des techniques plurielles. Les traits distinctifs des libéralités à caractère collectif ne s'arrêtent pas là. Elles ont comme seconde particularité de s'épanouir au travers de techniques originales de libéralité, c'est-à-dire au-delà des techniques classiques prévues par l'article 893 du Code civil. Ce dernier se borne à prévoir deux catégories de libéralités : les donations entre vifs et les testaments. Or, certaines libéralités à caractère collectif s'émancipent de ces formes traditionnelles. Lorsque la libéralité a pour finalité de faire émerger une œuvre nouvelle du vivant du disposant, fondation personnifiée entre vifs et engagements sur un programme d'action pluriannuel, l'acte libéral a sa source dans un véritable engagement unilatéral de volonté. Plus encore, les libéralités à caractère collectif montrent que la fiducie aux fins de libéralité est présente en droit français malgré l'interdiction posée par l'article 2013 du Code civil d'avoir recours à cette institution pour réaliser des libéralités. Chaque fois que le disposant a recours à un intermédiaire de transmission, la libéralité avec charge n'est pas à même d'appréhender l'opération. Un tel constat relève de l'évidence lorsque la libéralité est adressée par l'entremise d'un tiers à un bénéficiaire final et déterminé. Une même solution doit être retenue chaque fois que le bénéficiaire final n'est pas déterminé, mais appartient au groupement intermédiaire de le désigner. L'hypothèse vise les libéralités adressées aux groupements redistributeurs. De la libéralité *sub modo* à la fiducie-libéralité en passant par l'engagement unilatéral de volonté, les libéralités à caractère collectif se distinguent par la pluralité des techniques employées.

162. Plan. L'étude des libéralités à caractère collectif fait émerger deux traits distinctifs. Elles sont réunies autour de caractéristiques communes (Chapitre I) et mettent en œuvre des qualifications plurielles (Chapitre II).

Chapitre I. Des caractéristiques communes

163. Des libéralités diverses aux caractéristiques communes. La diversité des libéralités à caractère collectif ne doit pas cacher la profonde unité de cette catégorie de libéralités spéciales. Certaines caractéristiques la transcendent. Elles sont communes à l'ensemble des libéralités à caractère collectif. Elles sont de deux ordres. Les libéralités à caractère collectif sont tout à la fois des libéralités affectées et des libéralités intéressées. L'idée n'est pas nouvelle. Un auteur a déjà insisté sur le fait que la distinction entre les libéralités aux personnes morales et les fondations ne devait pas « masquer l'unité foncière de ces deux catégories de libéralités à caractère collectif. [...] elles sont toutes des libéralités affectées »¹⁰²⁶. Or, l'affectation serait, selon certains, toujours prévue dans l'intérêt du gratifié, mais également du disposant¹⁰²⁷. Intérêt et affectation sont deux notions intimement liées.

164. La diversité des affectations. L'affectation se définit comme le fait de « soumettre un bien à un usage déterminé »¹⁰²⁸. Elle consiste à imprimer une finalité aux biens¹⁰²⁹. Dès lors, il est logique de voir dans les libéralités à caractère collectif des libéralités affectées. S'agissant des fondations, l'affectation participe de leur définition. L'acte de fondation est un acte d'affectation¹⁰³⁰. Concernant les libéralités-participation, l'affectation n'en est pas moins centrale. Leurs bénéficiaires ne sauraient disposer librement des biens reçus sans quoi ils ne respecteraient pas les volontés du disposant. Reste qu'il convient de déterminer l'objet de cette affectation. De prime abord, il est logique de penser que les biens doivent être affectés à l'œuvre poursuivie par le bénéficiaire, celui-ci étant gouverné par le principe de spécialité¹⁰³¹. Pourtant, une telle présentation paraît quelque peu rapide. L'étude des divers mécanismes composant les libéralités à caractère collectif met en exergue la variété des affectations possibles. Certaines libéralités sont affectées au fonctionnement du groupement bénéficiaire, comme par exemple les apports aux associations. D'autres le sont à la réalisation de l'œuvre. Parmi elles, il convient encore de faire la distinction entre l'affectation est générale ou

¹⁰²⁶V. M. GRIMALDI, *Droit civil : Libéralités, partages d'ascendants*, Paris : Litec, 2000, n° 1671, p. 495.

¹⁰²⁷V. J. FLOUR et H. SOULEAU, *Droit civil : Les libéralités*, par H. SOULEAU, Paris : Armand Colin, 1982, coll. « U Série Droit privé », n° 148, p. 97.

¹⁰²⁸V. S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, préf. R. NERSON, Paris : LGDJ, 1976, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 145, n° 15, p. 15.

¹⁰²⁹V. G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., Paris : PUF, 2014, coll. « Quadrige », v° *Affectation*.

¹⁰³⁰V. *supra*, n° 81.

¹⁰³¹V. M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1671, p. 495.

spéciale. À ce stade, la distinction précédemment opérée entre les libéralités sollicitées et les libéralités spontanées constitue un critère de distinction utile. Les affectations des libéralités à caractère collectif sont, finalement, à l'image de ces libéralités : diverses.

165. La diversité des intérêts poursuivis. Une fois ce constat réalisé, il est permis d'en déduire que les libéralités à caractère collectif sont également intéressées. Le disposant, en procédant à une telle libéralité, est nécessairement motivé par la poursuite par l'organisme de la réalisation de son œuvre, qu'il l'aide à fonctionner ou qu'il lui impose d'affecter les biens directement à celle-ci. Parfois, l'affectation s'inscrit dans la durée et une clause d'inaliénabilité est stipulée ou découverte. La charge d'affectation, dite « d'intérêt collectif », révèle les intérêts moraux poursuivis par les bienfaiteurs. Il paraît logique que la disparition de l'objet de celle-ci conduise à la caducité de la libéralité. Ces charges s'opposent à celles dites « d'intérêt particulier ». Elles sont extrêmement diverses. Elles aussi dévoilent, bien souvent, les intérêts poursuivis par le disposant : souhait d'immortalité du fondateur-personne physique, espoir de retombées économiques du bienfaiteur-personne morale par exemple. La charge grevant la libéralité à caractère collectif suffit à elle seule pour élever celle-ci au rang des libéralités intéressées. L'intérêt de la libéralité peut, toutefois, se trouver ailleurs. Favorable au mécénat, le législateur a prévu un certain nombre d'avantages fiscaux en la matière. S'ils ne profitent pas à toutes les libéralités à caractère collectif, certaines d'entre elles apparaissent comme de véritables libéralités avantageuses¹⁰³². Nul doute que celles-ci constituent des libéralités intéressées.

166. Plan. Ainsi, il convient d'examiner les deux traits distinctifs communs des libéralités à caractère collectif. Elles sont des libéralités affectées (Section I) et intéressées (Section II).

Section I. Des libéralités affectées

167. Des libéralités affectées par nature. Contrairement à une idée reçue, l'objet de l'affectation des libéralités à caractère collectif n'est pas unitaire. Il n'est pas possible de retenir qu'elles sont toutes affectées à la réalisation de l'œuvre de l'organisme. Elles peuvent

¹⁰³²Selon une expression empruntée à R. LIBCHABER (V. « Une cession temporaire d'usufruit ? », *Defrénois* 2008, p. 1656 et s., n° 1).

également être affectées au fonctionnement du groupement. La distinction peut paraître subtile. Elle impose de s'y arrêter. Il est donc nécessaire dans un premier temps de présenter les différents objets de l'affectation des libéralités à caractère collectif. Une fois leurs contours précisés, il sera possible de discriminer les différentes institutions précédemment étudiées en fonction de leur affectation.

Après avoir procédé à une présentation des différentes affectations (§1), une illustration des différentes affectations pourra être proposée (§2).

§1. Présentation des différentes affectations

168. Affectation au fonctionnement ou à la réalisation de l'œuvre. Les libéralités à caractère collectif peuvent avoir deux affectations différentes : le fonctionnement du groupement ou la réalisation de l'œuvre. Cette distinction n'est pas nouvelle, elle a été rencontrée à propos des subventions d'employeur¹⁰³³. En la matière, le Code du travail prévoit que l'employeur doit soutenir le comité d'entreprise en lui versant deux types de subventions : la première est appelée *subvention de fonctionnement* et doit lui permettre de fonctionner au quotidien ; la seconde désigne la subvention devant aider le groupement à *réaliser ses œuvres culturelles et sociales*. Il est admis qu'il ne saurait « y avoir de confusion entre les deux subventions » qui « doivent faire l'objet de versements distincts, de comptabilités distinctes et d'utilisations distinctes »¹⁰³⁴. Le législateur a donc consacré en cette matière une dualité d'affectation. Celle-ci se retrouve plus largement au-delà des seules subventions d'employeur. Alors que certaines libéralités à caractère collectif sont directement affectées au fonctionnement du groupement, d'autres le sont à la réalisation même de l'œuvre. Reste que la frontière entre ces deux affectations peut paraître poreuse. En permettant à un organisme de fonctionner, il lui est permis *in fine* de réaliser son œuvre. Réciproquement, la poursuite de ses activités par un groupement entraîne nécessairement un certain nombre de frais de fonctionnement. En outre, il n'est pas toujours aisé de distinguer en pratique entre les deux sources de dépenses¹⁰³⁵. Ces limites sont sérieuses. Il convient d'en prendre conscience.

¹⁰³³V. *supra*, n° 152.

¹⁰³⁴M. COHEN et L. MILET, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, 11^e éd., Paris : LGDJ-Lexenso éd., 2014, n° 775, p. 452.

¹⁰³⁵Les dépenses liées à la poursuite de l'œuvre proprement dite (tel le salaire du chercheur, ou la dépense en vue de l'acquisition d'un nouvel équipement de recherche), des dépenses attachées au fonctionnement (tel le salaire des directeurs, des comptables, etc.).

Pour autant, l'étude des différentes libéralités à caractère collectif impose une telle distinction.

169. Distinction des libéralités affectées à la réalisation de l'œuvre. En pratique, il n'est pas rare que l'organisme bénéficiaire poursuive une pluralité de missions à l'image de la Fondation de France à laquelle ses statuts confèrent une compétence quasi illimitée pour soutenir des causes d'intérêt général¹⁰³⁶. Ainsi, les libéralités affectées à la réalisation de l'œuvre peuvent l'être à la poursuite de l'œuvre en général. Dans ce cas, le bénéficiaire jouit d'une totale latitude dans l'utilisation de la libéralité. Elles peuvent également être affectées à certaines activités spécifiques. Par ailleurs, même lorsque le groupement ne développe qu'une branche d'activité, le bienfaiteur peut souhaiter affecter ses fonds à un projet spécifique. Ainsi, une association, dont l'objet est de lutter contre une maladie en particulier, développe une multitude d'actions pour réaliser son œuvre. Le disposant peut vouloir soutenir l'une d'entre elles seulement.

Ainsi, il arrive que le bienfaiteur précise explicitement l'affectation de sa libéralité. L'hypothèse la plus importante est sans doute celle de la fondation avec recours à une personne morale préexistante. Le groupement désigné est tenu par l'affectation stipulée dans l'acte de fondation. Cependant, il est plus fréquent encore que le disposant demeure silencieux sur l'affectation de sa libéralité. Il ne faut pas en déduire pour autant que les biens ne sont pas destinés à un usage particulier.

Une fois les différentes affectations présentées, il importe d'illustrer le propos.

§2. Illustration des différentes affectations

Il a été montré que les libéralités à caractère collectif reposent sur des mécanismes divers¹⁰³⁷. Cette diversité se retrouve du côté de l'affectation des libéralités à caractère collectif. Certaines d'entre elles sont affectées à la fois au fonctionnement du groupement et à la réalisation de l'œuvre qu'il poursuit. Elles sont alors doublement affectées. D'autres

¹⁰³⁶Selon ses statuts, la Fondation de France a pour but de gérer des fonds au profit « de personnes, œuvres ou organismes d'intérêt général, ayant un caractère philanthropique, éducatif, scientifique, social, humanitaire, culturel ou concourant à la mise en valeur du patrimoine artistique, à la défense de l'environnement ou à la diffusion de la culture française » (art. 1^{er} – Annexe 4). Elle s'intéresse à toutes les causes considérées comme d'intérêt général (CGI, art. 200 et 238 *bis*).

¹⁰³⁷V. *supra*, n^{os} 72. et s.

libéralités sont affectées à l'un ou l'autre de ces objets. En outre, lorsqu'elles sont destinées à la réalisation de l'œuvre, certaines libéralités reposent sur une affectation générale, d'autres sur une affectation spéciale.

Finalement, il est possible de distinguer trois grandes catégories d'affectation. Certaines libéralités à caractère collectif sont doublement affectées (A), d'autres le sont au fonctionnement (B) tandis que les dernières le sont à la réalisation de l'œuvre (C).

A. Les libéralités doublement affectées

Seules les libéralités qui sont liées à la constitution de fondations personnifiées sont doublement affectées, ce qui se comprend aisément. Elles doivent permettre à la fois au groupement de fonctionner, mais également de réaliser l'œuvre pour laquelle il a été institué. Sont doublement affectés les fondations personnifiées (1) ainsi que les engagements sur un programme d'action pluriannuel (2).

1. Les fondations personnifiées

Dans la mesure où la fondation personnifiée doit permettre la création d'un nouveau groupement dans le but de réaliser une œuvre nouvelle, la dotation doit tout à la fois permettre le fonctionnement de la personne morale à créer ainsi que la réalisation de l'œuvre voulue. Pour autant, il apparaît que l'une ou l'autre des affectations n'a pas la même importance selon que la fondation est perpétuelle ou temporaire. Dans le premier cas, l'accent est mis sur le fonctionnement de l'institution créée. Dans le second, la possibilité de consommer la dotation prouve que la réalisation de l'œuvre prend une place prépondérante. Ainsi, au sein des fondations personnifiées, il convient de distinguer entre la fondation perpétuelle (a) et la fondation temporaire (b).

a. La fondation perpétuelle

170. Le fonctionnement, préalable nécessaire à la réalisation de l'œuvre. L'affectation est un élément de la définition de la fondation. La dotation est affectée de façon irrévocable « à la réalisation d'une œuvre d'intérêt général et à but non lucratif »¹⁰³⁸. Il en résulte que la

¹⁰³⁸L. n° 87-571 du 23 juillet 1987, art. 18.

fondation est affectée à la réalisation de l'œuvre. Pour autant, lorsqu'elle est perpétuelle et qu'elle doit permettre la constitution d'une personne morale, la dotation doit avant tout assurer la pérennité du groupement. Elle doit « garantir le fonctionnement durable de la fondation »¹⁰³⁹. Il est donc prévu que la dotation soit capitalisée¹⁰⁴⁰. La dotation perpétuelle n'est pas consommable¹⁰⁴¹, ce qui la différencie de la dotation temporaire¹⁰⁴². Le Conseil d'État est très attentif à ce que la dotation soit « productive de revenus suffisants » et à ce que l'équilibre budgétaire de la personne morale soit assuré¹⁰⁴³.

Finalement, « la dotation en capital doit être suffisante pour produire des revenus nécessaires au fonctionnement régulier de l'œuvre »¹⁰⁴⁴. Ainsi, la dotation initiale a un objet double mais unitaire, à savoir assurer le premier établissement de la fondation, mais aussi « le fonctionnement de la fondation, sa vie durant »¹⁰⁴⁵. L'affectation, si elle est faite *in fine* au profit de la réalisation de l'œuvre, doit permettre avant tout à la nouvelle personne morale de fonctionner et de traverser le temps grâce aux produits de ses revenus. En d'autres termes, les revenus de la dotation devront à titre principal être affectés au fonctionnement du groupement. Ensuite, ils pourront l'être à la réalisation de l'œuvre proprement dite et donc venir augmenter les « ressources courantes » de la fondation¹⁰⁴⁶.

Cette logique semble s'inverser du côté de la fondation temporaire.

b. La fondation temporaire

171. L'affectation de la dotation temporaire. À l'instar de la fondation pérenne, la fondation temporaire doit fonctionner ne serait-ce que pour la durée pour laquelle elle a été instituée. La dotation initiale doit le lui permettre. Simplement, le groupement peut utiliser directement le produit des biens composant la dotation pour couvrir lesdits frais là où une

¹⁰³⁹V. M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1708, p. 522.

¹⁰⁴⁰Pour un ancien membre du bureau des groupements et associations du Ministère de l'Intérieur, la fondation est un capital affecté et une institution « de stock » (V. J.-N. CHAVANNE, « L'approche du Ministère de l'Intérieur », in C. DEBBASCH (dir.), *Les fondations, un mécénat pour notre temps ?*, Paris, Economica ; Aix-Marseille, Presses universitaires, 1987, coll. « Science et droit administratif », p. 33 et s., spéc. p. 35 et 43).

¹⁰⁴¹V. Statuts-types, art. 12 (Annexe 3)

¹⁰⁴²V. *infra*, n° 171.

¹⁰⁴³V. CE, *Rendre plus attractif le droit des fondations*, Paris : la Documentation française, 1997, coll. « Les études du Conseil d'État », p. 29.

¹⁰⁴⁴V. J. FLOUR et H. SOULEAU, *op. cit.*, n° 375, p. 247.

¹⁰⁴⁵V. M. POMEY, *op. cit.*, p. 124-125. En d'autres termes, « la dotation de la fondation [est] donc destinée à garantir son financement, au départ comme à l'avenir, voire pour toujours » (V. *ibidem*, p. 128). Pour le dire autrement, la fondation doit « vivre du placement de sa dotation et non de sa consommation ».

V. J.-N. CHABANNE, art. précité, spéc. p. 35.

¹⁰⁴⁶V. M. POMEY, *op. cit.*, p. 125.

fondation pérenne ne peut utiliser que les revenus de ceux-ci. La dotation de la fondation temporaire est *consumptible* et n'a pas à être capitalisée. Pour autant, il a été montré que le caractère temporaire de la fondation n'est admis à l'heure actuelle que lorsque son objet peut être réalisé dans un laps de temps déterminé¹⁰⁴⁷. Dès lors, la principale ressource de la fondation pour réaliser sa mission constitue sa dotation, même si rien ne lui interdit de développer d'autres ressources au rang desquelles les libéralités-participation.

En toute logique, les engagements sur un programme d'action pluriannuel en faveur d'une fondation d'entreprise suivent la même affectation.

2. Les engagements sur un programme d'action pluriannuel

172. Engagement pluriannuel et fondations de flux. À côté des fondations-personnes morales avec dotation, le législateur a exceptionnellement autorisé la constitution de groupements sans dotation initiale : des fondations de flux. Seules les fondations d'entreprise et les fondations partenariales peuvent être créées sans acte de fondation, ce qui n'est pas exempt de critiques¹⁰⁴⁸. Pour autant, le législateur n'a pas libéré les fondateurs de tout engagement. Ces derniers sont tenus à des versements en vertu d'un programme d'action pluriannuel, qui doivent permettre à la fondation de flux de fonctionner. Par rapport aux fondations partenariales, les fondations d'entreprise ont pour spécificité de ne pouvoir recourir au mécénat traditionnel : elles ne peuvent pas bénéficier de libéralités-participation¹⁰⁴⁹, ni faire appel à la générosité du public¹⁰⁵⁰. Pour réaliser leurs missions, elles doivent principalement compter sur les versements de leurs fondateurs. À l'instar de la dotation en matière de fondation personnifiée, les versements consécutifs aux engagements pluriannuels sont affectés tant au fonctionnement qu'à la réalisation de l'œuvre.

À côté des libéralités doublement affectées, certaines ne le sont qu'au seul fonctionnement du groupement.

¹⁰⁴⁷V. *supra*, n° 89.

¹⁰⁴⁸V. *supra*, n° 86.

¹⁰⁴⁹Sauf rares exceptions. V. *infra*, n° 248.

¹⁰⁵⁰L. n° 87-571 du 23 juillet 1987, art. 19-8.

B. Les libéralités affectées au fonctionnement

173. Les apports au service du fonctionnement de l'association. S'interrogeant sur la nature de l'apport, le Doyen GÉNY s'est particulièrement intéressé aux apports immobiliers¹⁰⁵¹. L'auteur estime qu'en présence d'une clause de reprise¹⁰⁵², l'apport conduit à une affectation de propriété qui ne se comprend que dans l'existence et le fonctionnement de l'association¹⁰⁵³. Il en déduit l'existence d'un droit réel nouveau¹⁰⁵⁴. Ce faisant, le Doyen GÉNY a mis en évidence la principale spécificité des apports : ils sont nécessairement affectés au fonctionnement de l'association. En matière immobilière, une telle affirmation pouvait se commander de la législation et réglementation antérieure. Depuis son origine et jusqu'à récemment, la loi du 1^{er} juillet 1901 faisait interdiction aux associations de posséder des immeubles autres que ceux nécessaires à l'accomplissement des buts qu'elles se proposent¹⁰⁵⁵. Les auteurs en déduisaient que les associations ne pouvaient être propriétaires que des immeubles nécessaires à leur fonctionnement¹⁰⁵⁶, c'est-à-dire pour les besoins de leur administration, de leurs réunions ou l'accomplissement de leur but¹⁰⁵⁷. Les autres immeubles devaient être aliénés. Dès lors qu'il était admis qu'un apport puisse faire l'objet d'une reprise, c'est-à-dire se retrouver au jour de la dissolution de l'association, c'est qu'il devait nécessairement être affecté au fonctionnement de l'association.

174. L'affectation, critère discriminant entre apports et libéralités ordinaires : proposition. Reste que la loi de 1901 a fait l'objet d'une réforme récente¹⁰⁵⁸. Les associations jouissant de la grande capacité juridique – associations reconnues d'utilité publiques et d'intérêt général¹⁰⁵⁹ – peuvent désormais posséder tout type d'immeuble¹⁰⁶⁰. La limitation traditionnelle ne vaut plus que pour les associations jouissant d'une petite capacité juridique. Faut-il en déduire que ces premières associations peuvent recevoir au titre d'apports des immeubles non affectés à leur fonctionnement ? La réponse est assurément négative.

¹⁰⁵¹F. GÉNY, « Les apports en immeubles aux associations déclarées et non reconnues d'utilité publique », *RTD civ.* 1930, p. 653 et s.

¹⁰⁵²La reprise des apports n'est pas automatique (V. *supra*, n° 131.).

¹⁰⁵³F. GÉNY, art. précité, n° 10.

¹⁰⁵⁴V. *supra*, n° 132.

¹⁰⁵⁵L. du 1^{er} juillet 1901, art. 6, anc.

¹⁰⁵⁶V. J.-P. MARGUÉNAUD et B. DAUCHEZ « Les libéralités à caractère collectif », in M. GRIMALDI (dir.), *Droit patrimonial de la famille*, 5e éd., Paris : Dalloz, 2014, coll. « Dalloz Action », n° 371.71, p. 1118. Comp. L. MICHOD, *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, 2^e partie, *La vie des personnes morales, leur suppression et ses conséquences*, 2^e éd, par L. TROTABAS, Paris : LGDJ, 1924, rééd., 1998, n° 239, p. 132.

¹⁰⁵⁷V. P. BENOIST, *Les dons et legs à personnes morales et le principe de spécialité*, Paris : LGDJ, 1938, p. 138.

¹⁰⁵⁸L. n° 2014-856 du 31 juillet 2014.

¹⁰⁵⁹V. *infra*, n°s 252. et 254.

¹⁰⁶⁰L. du 1^{er} juillet 1901, art 6 et 11.

L'affectation de l'apport au fonctionnement de l'association participe à l'origine de son essence. Ainsi, dans un arrêt du 24 février 1932, la Haute juridiction relevait que les fondateurs de l'association « apportent à l'association les immeubles exclusivement destinés à permettre le fonctionnement de l'œuvre »¹⁰⁶¹.

En outre, la distinction entre l'affectation des biens au fonctionnement de l'association ou à la réalisation de son œuvre paraît être un critère efficace pour différencier les apports, tant immobiliers que mobiliers, des libéralités classiques. Il doit permettre d'arriver à des solutions plus sûres et non dictées par des considérations d'opportunité¹⁰⁶². Pour autant, à défaut de stipulations expresses dans l'acte, il peut être délicat de déterminer avec précision l'affectation souhaitée par le bienfaiteur.

À côté des libéralités affectées au fonctionnement du groupement, d'autres le sont à la réalisation de son œuvre.

C. Les libéralités affectées à la réalisation de l'œuvre

Parmi les libéralités affectées à la réalisation de l'œuvre, certaines sont grevées d'une affectation générale (1), d'autres d'une affectation spéciale (2).

1. Les libéralités grevées d'une affectation générale

175. Affectation implicite des libéralités spontanées. Si dans bien des hypothèses, le disposant stipule une charge d'affectation dans sa libéralité, il lui arrive souvent d'être silencieux sur le sort de ses biens. Faut-il en déduire que son bénéficiaire peut librement disposer des biens transmis ? Il est évident que la spécialité du groupement pose déjà certaines limites¹⁰⁶³. Un groupement ne saurait employer les biens reçus pour poursuivre des activités extérieures à son objet¹⁰⁶⁴. Est-ce à dire que l'organisme peut affecter les libéralités reçues à son fonctionnement ou que dans l'hypothèse d'une modification de son objet social, il pourrait affecter des libéralités antérieures à ses nouvelles activités ? Un élément de réponse peut être recherché dans les statuts-types approuvés par le Conseil d'État en matière de fondation reconnue d'utilité publique. Ces derniers prévoient que les libéralités sans

¹⁰⁶¹Civ., 24 février 1932, S. 1932, 1, p. 321.

¹⁰⁶²V. *supra*, n° 134.

¹⁰⁶³Sur le principe de spécialité, V. *infra*, nos 312. et s.

¹⁰⁶⁴V. *infra*, n° 320.

affectation spéciale pourront accroître la dotation sur décision du conseil d'administration¹⁰⁶⁵. Or, la dotation d'une fondation personnifiée est à la fois affectée à la réalisation de l'œuvre et au fonctionnement du groupement¹⁰⁶⁶.

Une telle pratique doit être rejetée. Si le bienfaiteur a fait le choix de gratifier un organisme déterminé, c'est en raison de l'objet qu'il s'est proposé de suivre. En d'autres termes, faute de stipulation particulière, il convient d'admettre que la libéralité est grevée d'une **affectation implicite à la réalisation de l'œuvre**. L'idée a déjà été soulevée¹⁰⁶⁷. Ainsi, il a été soutenu que « la libéralité à une personne morale se rapproche toujours dans une certaine mesure d'une libéralité avec charges car elle contient implicitement la charge d'affecter les biens qui en proviennent à l'objet poursuivi par la personne morale »¹⁰⁶⁸.

D'autres libéralités sont, quant à elles, grevées d'une affectation spéciale.

2. Les libéralités grevées d'une affectation spéciale

Deux grandes catégories de libéralités sont par essence spécialement affectées. Il s'agit des libéralités sollicitées (a) et du parrainage culturel (b).

a. Les libéralités sollicitées

176. Affectation spéciale des libéralités ordinaires. Les libéralités sollicitées sont celles qui sont réalisées à la suite d'une sollicitation du public par voie de quête publique ou d'appel à la générosité du public¹⁰⁶⁹. Il a été montré que la réglementation posée par la loi de 1991 avait vocation à englober la quasi-totalité de ces sollicitations¹⁰⁷⁰, encore que son champ d'application est récemment été réduit. Chaque fois que cette loi s'applique, l'organisme doit procéder à une déclaration précisant les *objectifs poursuivis par l'appel*. À cet égard, la Cour

¹⁰⁶⁵V. Statuts-types, art. 10 (Annexe 3).

¹⁰⁶⁶V. *supra*, n^{os} 170. et s.

¹⁰⁶⁷V. V. GUEDJ, *Essai sur le régime juridique des fondations*, thèse de doctorat, Paris : Université de Paris II, 1999, n^o 54, p. 48 ; C. VERNIÈRES, *Les libéralités à trois personnes*, thèse de doctorat en droit, Paris : Université de Paris II, 2012, n^o 63, p. 61. Comp. J. HARDOIN, *Les apports aux associations de la loi du 1^{er} juillet 1901*, Paris : Dalloz, 1933, p. 107. Adde M. GRIMALDI, *op. cit.*, n^o 1671, p. 495 (une affectation implicite résulterait du principe de spécialité). *Contra* R. BOFFA, *La destination de la chose*, préf. M.-L. MATHIEU-IZORCHE, Paris : Defrénois-Lextenso éd., 2008, coll. « Doctorat & Notariat », t. 32, n^o 114, p. 79 (la clause de destination ne pourrait pas être tacite).

¹⁰⁶⁸V. L. MICHOD, *op. cit.*, n^o 376, p. 453.

¹⁰⁶⁹V. *supra*, n^o 111.

¹⁰⁷⁰Peu importe alors qu'il s'agisse d'un projet de financement participatif, ou d'une quête publique, sous réserve que les conditions de la loi soient réunies (V. *supra*, n^{os} 112. et s.).

des comptes exige qu'une véritable information des donateurs potentiels sur l'utilisation qui sera faite des fonds soit donnée en amont de la sollicitation¹⁰⁷¹. Une telle déclaration a pour finalité de permettre de vérifier l'emploi des fonds¹⁰⁷². Afin de permettre ce contrôle, le législateur impose aux organismes le respect d'une obligation comptable¹⁰⁷³ : ils doivent établir un compte annuel des ressources collectées auprès du public précisant *l'affectation* des dons¹⁰⁷⁴. En d'autres termes, le législateur tient à ce que « l'emploi [des fonds reçus] soit strictement conforme aux buts affichés »¹⁰⁷⁵.

Une fois qu'il est établi que l'organisme procédant à des appels au soutien du public doit cantonner ses sollicitations à des objectifs déterminés, nul ne contestera que le bienfaiteur en y souscrivant exprime sa volonté de soutenir activement le projet déterminé et lui seul¹⁰⁷⁶. Les libéralités sollicitées sont nécessairement affectées à la cause en faveur de laquelle l'opération a été initiée : elles sont spécialement affectées. Là encore, il est possible de découvrir une *affectation implicite*¹⁰⁷⁷.

177. Affectation spéciale des subventions publiques. Parmi les libéralités sollicitées, il est possible de ranger les subventions publiques, qui sont attribuées par les personnes publiques après sollicitation de leur bénéficiaire. Le législateur a récemment précisé l'objet de ces dernières¹⁰⁷⁸. Selon la nouvelle définition posée par la loi, les subventions sont « destinées à la réalisation d'une action ou d'un projet d'investissement, à la contribution au développement d'activités ou au financement global de l'activité de l'organisme de droit privé bénéficiaire »¹⁰⁷⁹. Ce faisant, la loi admet que les subventions puissent être affectées, aussi bien, à l'ensemble des activités du subventionné qu'à certaines de celles-ci, voire à un projet

¹⁰⁷¹V. C. comptes, *Rapport annuel public 2011*, Paris : Direction des journaux officiels, 2011, p. 52.

¹⁰⁷²La décision du Conseil constitutionnel rendue à l'occasion de l'examen de la loi est édifiante à ce propos (V. C. const., 2 août 1991 DC n° 91-299, *Rec.* p. 124). Les sages considèrent qu'elle ne porte pas atteinte à la liberté fondamentale d'association après avoir précisé qu'elle « a pour seul objet de porter à la connaissance de l'autorité administrative « les objectifs poursuivis par l'appel à la générosité du public » et que « par cette formalité, le législateur a cherché uniquement à permettre l'exercice ultérieur d'un contrôle sur l'emploi des ressources collectées auprès du public ».

¹⁰⁷³L. n° 91-772 du 7 août 1991, art. 4. *Adde* arrêté du premier ministre du 30 juillet 1993 *portant fixation des modalités de présentation du compte d'emploi annuel des ressources collectées auprès du public par des organismes faisant appel à la générosité publique*.

¹⁰⁷⁴Conformément à la présentation définie par l'arrêté du 11 décembre 2008 portant homologation du règlement comptable n° 2008-12 du Comité de la réglementation comptable. Il s'agit d'une véritable obligation de transparence financière (V. Circ. du 21 janvier 2010 NOR : IOCD1001897C).

¹⁰⁷⁵V. JO AN CR 1991, n° 21/2, p. 1333.

¹⁰⁷⁶Lorsque l'organisme poursuit plusieurs objectifs, le donateur pourra expressément manifester son affectation, par exemple en cochant une case sur internet s'il s'agit d'un cyber-donateur ou bien sur un papier si le donateur a recours à un don traditionnel, selon une expression utilisée par N. PETERKA (V. « Brèves observations sur les dons en ligne », *Comm. com. électr.* 2005, n° 5, étude 19).

¹⁰⁷⁷Dans le même sens, N. PETERKA, art. précité.

¹⁰⁷⁸L. n° 2014-856 du 31 juillet 2014.

¹⁰⁷⁹L. n° 2000-321 du 12 avril 2000, art. 9-1.

spécifique. Pourtant, à l'heure actuelle, la majorité des subventions sont destinées à un projet précis¹⁰⁸⁰. En ce sens, différentes circulaires imposent que la convention de subvention précise la destination des fonds attribués, c'est-à-dire qu'elle désigne le projet d'intérêt général soutenu¹⁰⁸¹. Dans la majorité des cas, la subvention est donc spécialement affectée.

À côté des libéralités sollicitées, le parrainage culturel constitue une hypothèse intéressante de libéralité spécialement affectée.

b. *Le parrainage culturel*

178. L'affectation, critère de distinction entre le mécénat et le parrainage culturel. En raison des étroites ressemblances entre le mécénat des sociétés commerciales et le parrainage culturel, cette seconde opération a été requalifiée en libéralité¹⁰⁸². Ces deux mécanismes ne sont pas pour autant identiques. Là encore, l'étude de l'affectation laisse émerger un critère de distinction¹⁰⁸³ : le parrainage se distingue du mécénat par l'objet du soutien opéré¹⁰⁸⁴.

Une telle affirmation résulte de la lecture combinée des deux dispositions fiscales régissant ces opérations¹⁰⁸⁵. Tandis que les dépenses de parrainage ouvrent droit à une réduction fiscale lorsqu'elles sont engagées dans le cadre de certaines *manifestations* déterminées¹⁰⁸⁶, celles de mécénat permettent une réduction d'impôt si elles sont réalisées au *bénéfice de certains organismes ou œuvres* précisément définis¹⁰⁸⁷. D'un côté, l'accent est mis sur la nature de la manifestation soutenue alors que, de l'autre côté, le texte insiste sur les activités poursuivies par le groupement, c'est-à-dire sur son objet statutaire. En revanche, la nature des manifestations ou des activités est scrupuleusement identique : elles doivent être d'intérêt général¹⁰⁸⁸. La rédaction de ces dispositions n'est pas anodine et les travaux parlementaires le

¹⁰⁸⁰ Au point qu'il avait été proposé au Parlement de ne viser que ces dernières dans la nouvelle définition légale des subventions (V. JO Sénat CR, 2013, n° 124, p. 11124).

¹⁰⁸¹ V. Circ. Premier ministre du 24 décembre 2002 (JO. 27/12/2002) ; Circ. Premier ministre du 16 janvier 2007 (Circ. n° 5193/SG) ; Circ. 18 janvier 2010 (JO. 20/01/2010 p. 1138). Il en va de même en matière de subventions d'investissement (V. D. n° 99-1060 du 16 décembre 1999, art. 9). Pour autant, un auteur considère que certaines subventions peuvent ne pas être affectées (V. A. SEVINO, « L'association loi de 1901, la subvention est-elle le prélude à la sanction ? », *Gaz. Pal.* 2001, n° 352, p. 24 et s.).

¹⁰⁸² V. *supra*, n° 150.

¹⁰⁸³ À l'instar de l'apport et des libéralités ordinaires (V. *supra*, n° 174.).

¹⁰⁸⁴ Un auteur soutient au contraire que l'événement est le support commun du mécénat et du parrainage (V. A. BARABE, « Le mécénat va-t-il supplanter le sponsoring ? », *LPA* 1991, n° 108, p. 4 et s.).

¹⁰⁸⁵ CGI, art. 39, 1, 7° (parrainage) et 238 *bis* (mécénat).

¹⁰⁸⁶ CGI, art. 39, 1, 7°. Étant précisé qu'il s'agit bien entendu des manifestations organisées par le bénéficiaire des dépenses et non l'entreprise elle-même (V. JO AN CR 1987, n° 54/1, p. 1704).

¹⁰⁸⁷ CGI, art. 238 *bis*.

¹⁰⁸⁸ Elles doivent avoir un caractère philanthropique, éducatif, scientifique, social, humanitaire, sportif, familial, culturel ou concourant à la mise en valeur du patrimoine artistique, à la défense de l'environnement naturel ou à la diffusion de la culture, de la langue et des connaissances scientifiques françaises.

montrent. À l'occasion du vote de la loi de 1987, un amendement avait été déposé à l'Assemblée nationale visant à substituer au terme de manifestation celui d'activité¹⁰⁸⁹. Lors des discussions, il est apparu qu'il convenait de bien distinguer les deux notions. Le ministre du Budget de l'époque affirmait en ce sens que « lorsqu'une entreprise participe à des activités qui ne sont pas les siennes mais qui sont celles d'une association, il s'agit d'un don ». En cela, ces dépenses se distingueraient de celles de parrainage, qui « ne s'applique pas aux mêmes concepts » que le mécénat dans la mesure où il vise « une ou plusieurs manifestations »¹⁰⁹⁰.

Il en ressort que *la distinction essentielle entre le mécénat et le parrainage repose sur l'affectation*. En matière de *parrainage*, les dépenses seront spécialement affectées à un ou plusieurs projets, clairement identifiés et qui offriront l'occasion de promouvoir l'image de marque de la société. Le parrainage permet alors de soutenir l'organisation d'événements déterminés : un festival, une rencontre sportive, une pièce de théâtre, etc. L'association du nom du parrain à ces derniers doit, en principe, conduire à des retombées économiques rapides et substantielles. Ces dépenses sont donc exposées dans l'intérêt direct de l'exploitation. En revanche, les versements effectués au titre du *mécénat* sont affectés aux activités poursuivies par le groupement. Le mécène peut laisser le bénéficiaire les utiliser pour l'une ou l'autre de ses activités ou préciser une affectation spéciale. Si toutes ces opérations constituent des libéralités, elles ne donnent pas lieu au même traitement fiscal. Sauf à aligner les régimes ou à laisser les sociétés commerciales libres d'opter pour le régime qui leur convient le mieux, il est indispensable de déterminer un critère de distinction.

179. Difficultés pratiques. Certes, ce critère n'est pas de droit positif. Néanmoins, il semble préférable aux solutions actuelles fondées sur la prétendue existence ou non de contreparties et dont l'articulation est difficile. Il permet également de qualifier certaines opérations contemporaines qui oscillent entre ces deux catégories telles le produit-partage ou la carte bancaire de partage. Le premier se définit comme l'opération consistant « pour une entreprise à reverser une fraction du prix de vente de ses produits ou services à des associations caritatives »¹⁰⁹¹. Quant au second, il a déjà été rencontré au sein des donations innovantes¹⁰⁹². L'utilisation de la carte par son titulaire conduit à un « don » de la part de

¹⁰⁸⁹V. JO AN CR 1987, n° 54/1, p. 1703.

¹⁰⁹⁰V. *ibidem*, p. 1704.

¹⁰⁹¹V. L. BOULET et L. FROSSARD, « Un an de droit de la publicité », *Comm. com. électr.* 2013, n° 7, p. 20 et s., n° 26. *Adde* JO AN Q, 11/05/2010, p. 5146, par laquelle le Ministre du Budget était interpellé sur le régime fiscal du produit-partage. Cette question n'a jamais reçu de réponse.

¹⁰⁹²V. *supra*, n° 125.

l'établissement bancaire émetteur de celle-ci¹⁰⁹³. Tandis que le juge administratif a récemment considéré que le produit-partage constitue une opération de parrainage puisque « les versements [ont] été effectués dans l'intérêt direct de l'exploitation »¹⁰⁹⁴, la carte bancaire de partage est présentée comme un procédé au service du mécénat d'entreprise par les praticiens¹⁰⁹⁵. Pourtant, chaque fois l'opération associe un groupement poursuivant des activités d'intérêt général afin de vendre un produit dans le but de développer le chiffre d'affaires du partenaire. L'absence de critère effectif et sûr en droit positif est source d'insécurité juridique.

Un critère de distinction fondé sur l'affectation devrait permettre de qualifier plus facilement les opérations relevant du mécénat et du parrainage. Ainsi, la carte bancaire de paiement constitue un moyen de réaliser du mécénat d'entreprise. L'opération s'inscrivant dans la durée, les fonds versés vont être affectés aux activités du groupement. Toutefois, la courte durée de l'opération du produit-partage ne commande pas forcément la qualification de parrainage. Tout dépend de l'affectation promise par la société commerciale : l'organisation d'un événement ou le soutien à une activité du groupement.

Pour autant, ce critère n'est pas parfait dans des cas extrêmement rares. Il peut être délicat de distinguer le soutien à une manifestation de celui réalisé au profit des activités du bénéficiaire. La difficulté atteint son paroxysme lorsque le groupement a pour seule activité l'organisation périodique d'un événement précis.

180. Conclusion de la Section. Si les libéralités à caractère collectif ont en commun d'être des libéralités affectées, l'objet de cette affectation varie. Parfois, l'affectation constitue un critère efficace pour distinguer certains mécanismes entre eux. Ainsi, l'affectation des biens au fonctionnement d'une association caractérise un apport¹⁰⁹⁶ tandis que le soutien à une manifestation particulière de la part d'une société commerciale réalise une opération de

¹⁰⁹³G. DUFOUR et R. VABRES, « Les dons « oubliés », les dons innovants : étude juridique et fiscale », Rapport au Ministre de la vie associative, non publié, 2012, p. 53.

¹⁰⁹⁴V. CE, 15 février 2012, *Min. c/ SARL Les sources*, n° 340855, *LPA* 2012, n° 204, p. 3, obs. F. PERROTIN. Après avoir rappelé que les exonérations prévues par les articles 39 et 238 *bis* du Code général des impôts n'étaient pas cumulatives, la Haute juridiction administrative relève que « la cour a jugé, par une appréciation souveraine des faits de l'espèce non entachée de dénaturation, que la société en avait retiré une contrepartie dans la promotion de son action qui lui avait permis de maintenir ou d'accroître son chiffre d'affaires et qu'en l'absence des partenariats noués avec les organismes caritatifs bénéficiaires de ces versements, elle aurait été dans l'impossibilité de vendre ses produits aux mêmes conditions ».

¹⁰⁹⁵V. G. DUFOUR et R. VABRES, *op. cit.*, p. 53. Encore que ces auteurs insistent sur la difficulté de qualification de l'opération qui pourrait bien être considérée par le Conseil d'État comme une dépense de parrainage, ce qui démontre, une fois encore, que le critère actuel est source d'insécurité juridique.

¹⁰⁹⁶V. *supra*, n° 173.

parrainage¹⁰⁹⁷. La destination des biens participe de la définition de l'opération : elle est de son essence. L'affectation stipulée par les parties constitue alors la prestation caractéristique de l'acte. Elle commande la qualification de l'opération¹⁰⁹⁸. Si les parties ont donné à celle-ci une autre dénomination, il convient de la requalifier, le juge n'étant pas lié par les qualifications retenues par les parties¹⁰⁹⁹.

À l'instar des affectations, les intérêts poursuivis par le disposant sont divers. Les libéralités à caractère collectif n'en sont pas moins des libéralités intéressées.

Section II. Des libéralités intéressées

Lier les notions de libéralité et d'intérêt peut surprendre. La notion d'intérêt semble se heurter à l'intention libérale, élément essentiel à la qualification de libéralité. Cet obstacle a été dépassé : les libéralités peuvent être intéressées¹¹⁰⁰. Du côté des libéralités à caractère collectif, les intérêts poursuivis par les différents bienfaiteurs sont divers. Les différentes charges stipulées vont les révéler. Or, toutes les libéralités à caractère collectif sont grevées de charges. Pour autant, le caractère intéressé de ces libéralités ne résulte pas uniquement de celles-ci. Certaines d'entre elles conduisent à un certain nombre d'avantages fiscaux, ce sont des libéralités avantageuses¹¹⁰¹. Finalement, le caractère intéressé des libéralités à caractère collectif est doublement révélé : ce sont des libéralités grevées de charges (§1), certaines d'entre elles sont des libéralités avantageuses (§2).

§1. Des libéralités grevées de charges

Les libéralités à caractère collectif sont grevées de charges. Dans la mesure où elles sont des libéralités affectées, une obligation d'intérêt collectif pèse nécessairement sur le bénéficiaire

¹⁰⁹⁷V. *supra*, n° 178.

¹⁰⁹⁸V. M.-É. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, préf. L. AYNÈS, Paris : Economica, 2002, coll. « Recherches juridiques », n° 289, p. 213.

¹⁰⁹⁹V. J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILIAU, *Traité de droit civil : Les effets du contrat*, 3^e éd., Paris : LGDJ, 2001, n° 92, p. 114 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER, et Y. LEQUETTE, *Droit civil : Les obligations*, 11^e éd., Paris : Dalloz, 2013, coll. « Précis. Droit privé », n° 444, p. 496. Sur le rôle de la volonté en matière de qualification, V. F. TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, préf. R. LE BALLE, Paris : LGDJ, 1957, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 2.

¹¹⁰⁰V. *supra*, n°s 25. et s.

¹¹⁰¹Selon une expression empruntée à R. LIBCHABER (V. « Une cession temporaire d'usufruit ? », *Deffrénois* 2008, p. 1656 et s., n° 1).

de la libéralité. Il arrive également que le disposant impose une obligation supplémentaire d'intérêt particulier.

De la présentation des différentes charges (A) se déduisent des conséquences sur la nature intéressée de la libéralité (B).

A. Présentation des différentes charges

Plusieurs types de charges peuvent grever les libéralités à caractère collectif. Elles peuvent être classées en deux catégories. Certaines ont pour finalité d'affecter les biens transmis à un usage déterminé : ce sont des charges d'affectation. Dans la mesure où la personne morale poursuit la défense d'intérêt collectif, ce sont des *charges d'intérêt collectif*¹¹⁰², elles ont un *caractère automatique*. À côté de celles-ci, le disposant peut stipuler des charges dans son intérêt ou dans celui d'un tiers. Dans ce cas, la *charge est d'intérêt particulier*. À la différence des premières, elles ont un *caractère ponctuel*.

Si les charges d'intérêt collectif ont un caractère automatique (1), les charges d'intérêt particulier ont un caractère ponctuel (2).

1. Le caractère automatique des charges d'intérêt collectif

Toutes les libéralités à caractère collectif sont grevées de charges d'intérêt collectif. De la nature affectée de la libéralité découle une obligation d'affectation. À ce stade, il convient de rappeler que la charge d'affectation étant toujours imposée dans l'intérêt du gratifié¹¹⁰³. Dès lors, son montant est indifférent, il n'influe pas sur la nature de la libéralité : l'acte est toujours à titre gratuit¹¹⁰⁴.

L'obligation d'affectation peut avoir deux dimensions : *rationæ materiæ* (a) et *rationæ temporis* (b).

¹¹⁰²Par préférence à la notion de charge d'intérêt public, V. R. CASSIN, *Droit civil approfondi et comparé : les libéralités avec charge et les fondations*, Paris : les Cours de droit, 1939, p. 83 ; ou à celle de charge d'intérêt général, V. C. VERNIÈRES, *Les libéralités à trois personnes*, thèse de doctorat en droit, Paris : Université de Paris II, 2012, n° 63, p. 62.

¹¹⁰³V. J. FLOUR et H. SOULEAU, *Droit civil : Les libéralités*, par H. SOULEAU, Paris : Armand Colin, 1982, coll. « U Série Droit privé », n° 148, p. 96 ; M. GRIMALDI, *Droit civil : Libéralités, partages d'ascendants*, Paris : Litec, 2000, n° 1200, p. 139. *Contra* L. JOSSERAND, « Le déclin du titre gratuit », in *Évolutions et Actualités*, Conférences de droit civil, Liège, impr. G. Thone ; Paris, Sirey, 1936, p. 135 et s. (pour lequel il ne peut s'agir d'une libéralité *sub modo*, mais d'une libéralité avec affectation spéciale).

¹¹⁰⁴V. *supra*, n° 30.

a. *Dimension rationæ materiæ*

181. Des charges expresses aux charges implicites. La reconnaissance systématique de charges d'intérêt collectif dans les libéralités à caractère collectif découle nécessairement des précédents développements : ces libéralités sont par essence affectées¹¹⁰⁵. En ce sens, le groupement bénéficiaire de la libéralité est tenu de respecter l'usage défini par le disposant, c'est-à-dire la destination des biens¹¹⁰⁶. Une véritable obligation pèse sur le bénéficiaire de libéralité qui est donc grevée d'une charge. Parfois, *la charge est expresse*. Tel est toujours le cas en matière de fondation. Le fondateur affecte la dotation à un but précisément déterminé. Il n'est donc pas étonnant d'étudier ensemble la libéralité avec charge et la fondation¹¹⁰⁷. Mais de telles charges peuvent également grever des libéralités-participation. La forme de la libéralité est en cela indifférente. Si ces charges sont nombreuses en matière de donation notariée ou de testament¹¹⁰⁸, une telle affectation expresse peut grever un don manuel sous la forme d'un pacte adjoint¹¹⁰⁹. À cet égard, il n'est pas inhabituel que le bienfaiteur répondant à un appel à la générosité du public soit invité à préciser la destination de son don.

Chaque fois que *l'affectation n'est pas expressément désignée, il convient d'admettre qu'elle est implicite et dépend de la libéralité en cause*. Ainsi, les biens objets d'un apport à une association assurent son fonctionnement¹¹¹⁰, tandis que ceux reçus par une libéralité spontanée seront affectés à la réalisation générale de l'œuvre¹¹¹¹. Il faut alors reconnaître l'existence de véritables *charges implicites d'affection*.

182. Caducité totale ou partielle. Une fois admis que le bénéficiaire d'une libéralité à caractère collectif n'a d'autre possibilité que d'affecter les biens à la destination stipulée

¹¹⁰⁵V. *supra*, n^{os} 167. et s.

¹¹⁰⁶Le lien entre affectation et destination est classique (V. F. ZÉNATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, 3^e éd., Paris : PUF, 2008, coll. « Droit fondamental. Classique », n^o 236, p. 383). Au contraire, selon un auteur, si les deux notions sont liées, elles n'en sont pas moins différentes. L'affectation et la destination se distingueraient tant au niveau du domaine qu'au regard de la signification. Selon lui, « l'affectation est un acte de volonté, alors que la destination exprime une durée, et procède d'une sédimentation ». En d'autres termes, « l'affectation est ainsi l'acte par lequel un bien est soumis à un usage déterminé ; la destination renvoie à la finalité durable et permanente du bien » (V. R. BOFFA, *La destination de la chose*, préf. M.-L. MATHIEU-IZORCHE, Paris : Defrénois-Lextenso éd., 2008, coll. « Doctorat & Notariat », t. 32, n^o 9 et s., p. 9 et s., spéc. n^o 11, p. 12).

¹¹⁰⁷V. R. CASSIN, *op. cit.* ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 4, *Successions, Libéralités*, 5^e éd. par L. LEVENEUR et S. MAZEAUD-LEVENEUR, Paris : Montchrestien, 1999, n^o 1403, p. 1405.

¹¹⁰⁸Par exemple à une charge de maintien *in situ* grevant une libéralité adressée à un musée d'exposer les œuvres dans l'immeuble légué (V. M. CORNU, « L'espérance d'intangibilité dans la vie des œuvres d'art », *RTD civ.* 2000, p. 697 et s., n^{os} 8 et s.).

¹¹⁰⁹Sur leur validité, V. Req., 11 août 1880, *D.* 1880, 1, p. 461 ; Req., 28 octobre 1935, *D.* 1936, 1, p. 2. *Adde* N. PETERKA, *Les dons manuels*, préf. P. CATALA, LGDJ, 2001, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 355, n^{os} 141 et s., p. 124 et s.

¹¹¹⁰V. *supra*, n^o 173.

¹¹¹¹V. *supra*, n^o 175.

expressément ou non, la question du sort des biens en cas de disparition de l'objet de l'affectation se pose. L'hypothèse vise principalement le cas des libéralités à caractère collectif grevées d'une *affectation spéciale*, que celle-ci résulte d'une stipulation expresse ou qu'elle découle implicitement d'une *libéralité sollicitée*¹¹¹².

La célèbre affaire dite du « Chien Costaud » illustre cette difficulté. En l'espèce, l'animal avait été gravement blessé en évitant à un enfant de se faire renverser. Une souscription avait été lancée afin de le faire soigner. Entre-temps, un vétérinaire avait procédé à des soins gratuitement. Les fonds récoltés lors de la souscription se révélèrent inutiles. Les juges, saisis par le propriétaire du chien, ont refusé une autre affectation des fonds perçus et le souscripteur a été condamné à les rembourser¹¹¹³. Cette affaire illustre la *disparition de la cause impulsive et déterminante de la libéralité postérieurement à sa formation*¹¹¹⁴. La Cour d'appel retient que « l'objet des contrats intervenus ayant disparu, ceux-ci sont devenus caducs ». Une telle solution mérite d'être approuvée. *En cas de disparition de l'objet de l'obligation d'affectation, la libéralité est nécessairement caduque*¹¹¹⁵ : *la caducité est alors totale*.

Un même résultat doit être admis lorsque la mission poursuivie a été réalisée, sans que l'intégralité de la libéralité lui ait été affectée. *Le reliquat restant est frappé d'une caducité partielle*. La stipulation d'une affectation en sous-ordre permet de faire échec à une telle solution. Il s'agit alors d'une simple *obligation facultative* en cas d'impossibilité d'exécuter l'obligation principale¹¹¹⁶. La pratique y a largement recours¹¹¹⁷.

La dimension matérielle de l'obligation d'affectation peut se dédoubler d'une dimension temporelle.

¹¹¹²V. *supra*, n° 176.

¹¹¹³T. civ. de Saint-Etienne, 8 juillet 1957, *D.* 1958, 2, p. 142, note R. NERSON ; *RTD civ.* 1958, p. 71, obs. H. et L. MAZEAUD ; CA Lyon, 20 octobre 1958, *D.* 1959, 2, p. 111, note R. NERSON. Dans sa décision, la Cour d'appel distingue les donations avec affectation spéciale qui sont caduques de celles avec simples charges qui ne le sont pas. Un auteur en déduit qu'il convient de distinguer ces deux types de libéralités (V. R. NERSON, note ss CA Lyon, 20 octobre 1958, *D.* 1959, 2, p. 11).

¹¹¹⁴Sur cette question, V. P. VOIRIN, « Évolution de la cause des libéralités postérieurement à la donation ou au testament », in *Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Tours, impr. Mame ; Paris, Dalloz, 1939, p. 895 et s.

¹¹¹⁵Le projet de réforme du droit des contrats prévoit qu'« Un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments constitutifs disparaît. » (V. Projet d'ordonnance pris en application de la loi n° 2015-177 du 16 février 2015 habilitant le gouvernement à réformer le droit commun des contrats, le régime des obligations et le droit de la preuve, art. 1186).

¹¹¹⁶V. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Les obligations* t. 3, *Le rapport d'obligation*, 9^e éd., Paris : Sirey, 2015, coll. « Sirey Université. Série Droit privé », n° 322, p. 324.

¹¹¹⁷V. C. comptes, *La qualité de l'information financière communiquée aux donateurs par les organismes faisant appel à la générosité publique*, Paris : la Documentation française, 2007, p. 36. Selon ce rapport, le coupon adressé au public peut prévoir « en petits caractères [...] que si le montant du don excède les besoins de l'organisme pour réaliser l'action prévue, il sera possible d'affecter le don à d'autres actions ». La Cour en déduit que « cette formule permet à l'organisme d'échapper à l'affectation ».

b. *Dimension rationæ temporis*

183. Des charges expresses... Pour consolider l'affectation souhaitée, il n'est pas rare que le disposant stipule une *clause d'inaliénabilité*¹¹¹⁸, voire une *clause d'indisponibilité*¹¹¹⁹. La licéité de cette première catégorie de clauses découle de l'article 900-1 du Code civil dans les termes suivants :

Les clauses d'inaliénabilité affectant un bien donné ou légué ne sont valables que si elles sont temporaires et justifiées par un intérêt sérieux et légitime. Même dans ce cas, le donataire ou le légataire peut être judiciairement autorisé à disposer du bien si l'intérêt qui avait justifié la clause a disparu ou s'il advient qu'un intérêt plus important l'exige.

Les dispositions du présent article ne préjudicient pas aux libéralités consenties à des personnes morales ou mêmes à des personnes physiques à charge de constituer des personnes morales.

Ce texte affirme la validité, en toute hypothèse, des clauses d'inaliénabilité grevant des libéralités adressées aux personnes morales¹¹²⁰. Ce faisant, elles se distinguent des clauses grevant des libéralités adressées à des personnes physiques qui doivent répondre à la double condition d'un intérêt légitime et d'une inaliénabilité temporaire. Quant aux clauses d'indisponibilité, elles sont pareillement admises¹¹²¹. Celles-ci sont supposées être plus larges que les premières en ce qu'elles empêchent tant d'aliéner le bien que de constituer des droits réels sur ce dernier¹¹²². Pourtant, de nombreux auteurs estiment que l'interdiction de constituer des droits réels est incluse dans la clause d'inaliénabilité¹¹²³. D'autres soutiennent, pour leur

¹¹¹⁸V. M. MORIN, « Les clauses d'inaliénabilité dans les donations et testaments », *Defrénois* 1971, art. 29982 ; Ph. SIMLER, « Les clauses d'inaliénabilité », *D.* 1971, comm. législat., p. 416-4.

¹¹¹⁹Sur l'absence de synonymie des notions d'inaliénabilité et d'indisponibilité, V. R. BERRA, *Le principe de libre disposition en droit civil : contribution à la notion d'indisponibilité juridique*, thèse de doctorat en droit, Nancy : Université de Nancy, 1969, p. 93 et s.

¹¹²⁰Sur les discussions parlementaires relatives à l'extension de la règle aux personnes morales, V. Ph. SIMLER, art. précité, n° 24 et s. Pour un refus en jurisprudence d'appliquer les limites tenant à la validité des clauses d'inaliénabilité aux personnes morales. V. Civ. 1^{re}, 23 janvier 2008, n° 06-16.120, *Bull. civ.* I, n° 19 ; *Defrénois* 2008, p. 971 et s., note Ph. MALAURIE. Pour une critique de ces dispositions, V. B. RAYNAUD, *op. cit.*, n° 120, p. 97. Sur l'état du droit avant l'entrée en vigueur de l'article 900-1, alinéa 2 du Code civil, V. H. SOULEAU, *L'acte de fondation en droit français*, thèse de doctorat en droit, Paris : Université de Paris, 1969., n° 55 et s., p. 105 et s.

¹¹²¹V. B. RAYNAUD, *op. cit.* n° 13 et s., p. 15 et s., et n° 115, p. 94. Comp. R. BERRA, *op. cit.*, p. 187 et s., qui dans sa thèse après avoir étudié les indisponibilités d'origine légale s'attardent sur celles d'origine conventionnelle, à savoir les clauses d'inaliénabilité.

¹¹²²Pour une étude des restrictions au droit de disposer, V. encore B. RAYNAUD, *La stipulation d'indisponibilité*, préf. Y. CHAPUT, Clermont-Ferrand, Presses Universitaires de la Faculté de droit de Clermont-Ferrand ; Paris, LGDJ, 2003, coll. « Thèses de l'École doctorale de Clermont-Ferrand », t. 19 ; S. MILLEVILLE, *Les restrictions au droit de disposer*, thèse de doctorat en droit, Paris : Université Paris II, 2008.

¹¹²³V. J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 3, *Les biens*, 19^e éd., Paris : PUF, 2000, coll. « Thémis. Droit privé », n° 85, p. 151 ; F. ZÉNATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, 3^e éd., Paris : PUF, 2008, coll. « Droit fondamental. Classique », n° 33, p. 72 ; W. DROSS, *Droit des biens*, 2^e éd., Paris : LGDJ-Lextenso éd., 2014, coll. « Domat. Droit privé », n° 36, p. 41. Adde F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Droit civil : Les successions, les libéralités*, 4^e éd., Paris : Dalloz, 2014, coll. « Précis. Droit privé », n° 358, p. 331 (la clause d'inaliénabilité rendrait le bien indisponible). Comp. R. PERROT et Ph. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, 3^e éd., Paris :

part, que seule la constitution d'une hypothèque conventionnelle doit être empêchée¹¹²⁴. De telles propositions n'emportent pas la conviction de toute la doctrine¹¹²⁵. Sans trancher ce débat d'ordre général, il apparaît que *la stipulation d'inaliénabilité grevant une libéralité à caractère collectif inclut nécessairement l'interdiction de constituer conventionnellement tout type de droits réels*. Cette clause démontre que le disposant souhaite affecter le bien, lui-même, à la destination voulue. La constitution de droits réels principaux conduit à une violation de l'affectation imposée. Quant aux droits réels accessoires, ils font peser sur l'affectation un risque certain.

184. ... aux charges implicites. Reste à savoir si des obligations de non-disposition peuvent être implicitement découvertes. Une telle position a déjà été soutenue. Les liens entre l'affectation et l'inaliénabilité ont été affirmés¹¹²⁶. Cette question se pose traditionnellement en matière de fondations perpétuelles. L'affectation pérenne d'un patrimoine au service d'un intérêt général implique-elle l'inaliénabilité de celui-ci ? Pour le Conseil d'État, la réponse est claire : l'acte de fondation n'a pas « pour effet de faire obstacle à ce que la fondation [personne morale] dispose du droit d'aliéner une partie des biens figurant à son actif »¹¹²⁷. La question ressurgit en matière d'apports aux associations, lesquels sont censés être affectés durablement au fonctionnement de l'association¹¹²⁸. La solution rendue par la Cour de cassation est similaire¹¹²⁹. Pour autant, plusieurs auteurs estiment qu'« il est des cas où effectivement l'affectation à une fondation suppose nécessairement l'inaliénabilité du bien

Dalloz, 2013, n° 209, p. 210 (l'inaliénabilité stipulée dans une libéralité conduirait à l'insaisissabilité du bien).

¹¹²⁴V. F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Droit civil : Les biens*, 9^e éd., Paris : Dalloz, 2014, coll. « Précis. Droit privé », n° 133, p. 137 ; J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil : Les biens*, 2^e éd., Paris : LGDJ-Lextenso éd., 2010, n° 87, p. 100.

¹¹²⁵Pour certains auteurs, la clause d'inaliénabilité ne saurait conduire à une prohibition des inscriptions hypothécaire (V. L. LARROUMET, *Droit civil*, t. 2, *Les biens, droits réels principaux*, 5^e éd., Paris : Economica, 2006, coll. « Droit civil », n° 346, p. 202 ; S. MILLEVILLE, *op. cit.*, nos 384 et s., p. 256 et s.).

¹¹²⁶Un auteur estime en ce sens que « la notion d'affectation est certainement, dans notre droit, l'une des sources les plus constantes d'inaliénabilité » (V. R. BERRA, *op. cit.*, p. 216). De la même manière, à propos de la question de la révision des clauses d'inaliénabilité, un auteur précise que « le disposant a affecté le bien à tel ou tel but et l'a du même coup, fût-ce implicitement, stipulé inaliénable ». Il en déduit alors que « la charge de ne pas aliéner procède de la charge d'affecter » (V. M. GRIMALDI, *Droit civil : Libéralités, partages d'ascendants*, Paris : Litec, 2000, n° 1414, p. 320). À l'inverse, il a été soutenu qu'une corrélation entre l'affectation et l'inaliénabilité était à la fois excessive et inadéquate (V. V. GUEDJ, *Essai sur le régime juridique des fondations*, thèse de doctorat, Paris : Université de Paris II, 1999, n° 187, p. 147).

¹¹²⁷V. CE, 27 février 2006, n° 264447, *Rec.* p. 91 ; *RFDA* 2006, p. 435, note Ph. TERNEYRE.

¹¹²⁸Déjà sur l'unité de régime de l'inaliénabilité résultant de l'affectation dans la fondation et l'apport, V. Ph. MALAURIE, note ss CA Lyon, 8 juin 1971, *Defrénois* 1972, art. 30054. Si la Cour d'appel distinguait l'apport de la libéralité, les observations de l'auteur font fi d'une telle distinction et il retient un régime similaire aux deux situations.

¹¹²⁹V. Civ. 1^{re}, 27 juin 2000, n° 98-17.733, *Bull. civ. I*, n° 195 ; *D.* 2000, p. 363, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *Defrénois* 2000, p. 1226 et s. note R. CRÔNE. Comp. S. GUICHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, préf. R. NERSON, Paris : LGDJ, 1976, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 145, n° 339, p. 288.

transmis »¹¹³⁰. C'est donc que l'acte de fondation pourrait inclure une obligation implicite de ne pas disposer du bien.

Une telle solution doit être retenue quelle que soit la nature de la libéralité à caractère collectif¹¹³¹, chaque fois que *le bien transmis participe, en lui-même, par ses utilités propres, à la réalisation de l'affectation voulue*¹¹³². Au contraire, si le bien ne répond pas à de telles qualités, une obligation de ne pas disposer ne saurait être retenue¹¹³³.

Si les charges d'affectation sont propres aux libéralités à caractère collectif, ces dernières peuvent, à l'instar des libéralités traditionnelles, être grevées de charge d'intérêt privé. Elles ont alors un caractère ponctuel.

2. Le caractère ponctuel des charges d'intérêt privé

Les charges d'intérêt privé sont de deux ordres. Certaines sont stipulées dans l'intérêt du disposant (a), d'autres dans celui d'un tiers (b).

a. Les charges stipulées dans l'intérêt du disposant

185. Diversité des charges stipulées dans l'intérêt du disposant. Au sein des charges d'intérêt particulier, celles stipulées dans l'intérêt du disposant sont sans doute parmi les plus nombreuses. Elles sont variées et tributaires des volontés de ce dernier. Cette présentation n'a pas vocation à l'exhaustivité. Elle ne retiendra que les plus courantes. Certaines constituent de véritables affectations de biens ; en cela, elles se rapprochent des charges d'intérêt collectif à ceci près qu'elles ne profitent pas au groupement, mais au disposant. Les charges dites

¹¹³⁰V. S. GUINCHARD, *op. cit.*, n° 252, p. 219. *Adde* R. SAVATIER, obs. ss Req., 17 décembre 1924, *RTD civ.* 1925, p. 165, n° 10, ; obs. ss Civ. 1^{re}, 19 octobre 1965, *RTD civ.* 1966, p. 328 ; B. ANCEL et A. HARMAND-LUQUE, *J.-Cl. civil code*, art. 900-2 à 900-8, fasc. unique : « Donations et testaments – révision des conditions et charges imposées à certaines libéralités », n° 39. À cet égard, ces auteurs prennent l'exemple de la maison de Clemenceau, qui fut créée pour réunir les souvenirs historiques de sa vie. Comp. F. ZÉNATI-CASTAING et T. REVET, *op. cit.*, n° 237, p. 386 (la restriction à la liberté de disposer pourrait accompagner l'affectation de la propriété).

¹¹³¹Par exemple des libéralités portant sur des œuvres d'art adressées à des musées dont l'objet est la promotion et la sauvegarde de ces œuvres ou encore l'exemple des droits d'auteurs, moraux et matériels, qui seraient transmis à des fondations consacrées auxdits auteurs.

¹¹³²Reste que certains actes d'administration, tel un bail de droit commun, peuvent interroger puisqu'ils conduisent à ne pas utiliser directement le bien, mais uniquement ses revenus. Reconnaître l'existence d'une inaliénabilité fondée sur les qualités intrinsèques du bien devrait conduire à interdire également de tels actes (*adde* B. RAYNAUD, *op. cit.*, n° 227 et s., p. 195 et s.). En ce sens, un auteur soutient que des limitations à certains droits personnels peuvent découler de la clause d'inaliénabilité d'après la volonté du stipulant (V. W. DROSS, *op. cit.*, n° 36, p. 41).

¹¹³³Selon un auteur, l'inaliénabilité « ne s'impose que dans la mesure où la conservation du bien est indispensable à la réalisation du but » (V. R. BERRA, *op. cit.*, p. 218).

cultuelles en sont une illustration. Il arrive que le bienfaiteur impose au gratifié de s'assurer qu'un certain nombre de messes soient dites en sa faveur¹¹³⁴, de veiller à l'entretien de sa sépulture. Le disposant peut également imposer au groupement de faire ériger un tombeau.

D'autres charges d'intérêt particulier stipulées au profit du disposant apparaissent comme l'accessoire des charges d'intérêt collectif. Ainsi, les statuts des fondations-personnes morales, déterminés par les fondateurs, prévoient un certain nombre de modalités qui constituent incontestablement des charges d'intérêt privé : nom du groupement, désignation des personnes composant le collège des fondateurs au sein du conseil d'administration, ou encore choix du siège social. De telles charges ne sont pas propres aux actes de fondation dont le but est de créer une nouvelle personne. D'abord, les actes supports de fondations abritées en sont pareillement grevés. Ensuite, il n'est pas rare que le bienfaiteur souhaite que son nom soit associé à la réalisation de l'œuvre permise par l'affectation de ses biens. En matière de fondation avec recours à une personne morale préexistante, il impose souvent à celle-ci de donner son nom à l'œuvre créée, par exemple au prix qu'il a institué. Du côté des libéralités-participation, il est courant que le musée ayant reçu une collection privée soit tenu d'en mentionner l'origine.

Enfin, l'obligation de promouvoir l'image du bienfaiteur, en matière de mécénat des sociétés commerciales et de parrainage culturel¹¹³⁵, constitue de la même manière des charges d'intérêt particulier.

À la différence des charges stipulées dans l'intérêt du gratifié, il convient d'être extrêmement attentif à l'importance de ces charges : elles peuvent disqualifier l'opération en acte à titre onéreux si la totalité de l'émolument venait à être englobée par l'exécution de la charge¹¹³⁶.

Un risque similaire existe lorsque la charge est stipulée dans l'intérêt d'un tiers.

¹¹³⁴S'agissant de l'obligation de dire des messes, pendant longtemps on préférerait recourir à la fondation plutôt qu'à la libéralité *sub modo*. On était alors en présence de fondations dites de messes en ce sens que le bienfaiteur affectait certains de ses biens, produits et revenus, à cette unique fin. Désormais, il semble difficile de retenir une telle qualification puisque la fondation doit avoir un but d'intérêt général (V. *supra*, n° 82.). La fondation de messes constitue alors un simple legs avec charge (V. R. CASSIN, *op. cit.*, p. 26).

¹¹³⁵V. *supra*, n° 149.

¹¹³⁶V. *supra*, n° 30.

b. Les charges stipulées dans l'intérêt d'un tiers

186. Des charges de transmettre un bien ou ses revenus. Les charges d'intérêt particulier au bénéfice de tiers sont plus rares. Elles se distinguent des charges d'intérêt collectif qui conduisent à ce que des tiers profitent de la libéralité¹¹³⁷. Elles renvoient à deux hypothèses. D'abord, certaines charges imposent la distribution d'un revenu ou une rente à une tierce personne, normalement une personne physique. À cet égard, le caractère pérenne de l'organisme sans but lucratif permet de s'assurer du respect de la charge auprès de son bénéficiaire, notamment une personne souffrant d'un handicap, sa vie durant. Là encore, l'opération peut être considérée comme une libéralité, dans les rapports entre le disposant et l'organisme, que si la charge n'est pas supérieure à l'émolument reçu.

Ensuite, des charges peuvent conduire à la transmission du bien objet de la libéralité lui-même. Dans ce cas, le groupement n'est qu'un intermédiaire de transmission. Si ces dernières charges sont parfaitement valables, elles se distinguent difficilement d'institutions voisines. D'une part, il est enseigné que la charge est différente de l'*interposition de personne* visant notamment à gratifier une personne incapable de recevoir¹¹³⁸. La libéralité, réalisée par l'intermédiaire d'une personne morale au profit d'une personne physique incapable de recevoir à titre gratuit, est nulle selon les termes de l'article 911 du Code civil. L'interposition de personnes s'analyse comme une hypothèse de simulation¹¹³⁹. La personne bénéficiaire de la libéralité est alors dissimulée, ce qui n'est pas le cas dans la libéralité avec charge. Les deux institutions ne sauraient être confondues. D'autre part, lorsqu'une telle charge grève une disposition à cause de mort, elle est assez proche du legs. La frontière est poreuse. Il a été proposé de rechercher un critère de distinction dans la volonté de l'auteur de gratifier ou non l'intermédiaire¹¹⁴⁰, ce qui est source d'insécurité juridique et conduit à des solutions d'opportunité¹¹⁴¹. Il paraît préférable d'adopter un second critère défendu par un auteur selon

¹¹³⁷V. *infra*, n° 225.

¹¹³⁸V. H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, n° 1409, p. 602 ; J. FLOUR et H. SOULEAU, *op. cit.*, n° 146, p. 96 ; M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1199, p. 136 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Droit civil : Les successions, les libéralités*, 4^e éd., Paris : Dalloz, 2014, coll. « Précis. Droit privé », n° 351, p. 326. Sur la distinction entre l'interposition de personne et la charge, V. M. BOUYSSOU, *Les libéralités avec charges en droit civil français*, préf. G. MARTY, Paris : Sirey, 1947, n^{os} 52 et s., p. 83 et s.

¹¹³⁹V. J. FLOUR et H. SOULEAU, *op. cit.*, n° 322, p. 206 ; M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1108, p. 91 . F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *op. cit.*, n° 335, p. 313. Adde A. FRANÇON, « La distinction de la libéralité et de la charge d'une libéralité », *Deffrénois* 1954, art. 27291, n^{os} 6 et s.. Plus largement, V. A. DUBOIS - de LUZY, *L'interposition de personne*, préf. B. ANCEL, Paris : LGDJ-Lextenso éd., 2010, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 519.

¹¹⁴⁰V. M. BOUYSSOU, *op. cit.*, n^{os} 81 et s., p. 134 et s. ; A. FRANÇON, art. précité, n° 12.

¹¹⁴¹V. M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1999, p. 139.

lequel tout dépend la faculté pour le bénéficiaire de recueillir les biens sans l'intervention de l'intermédiaire : si la réponse est positive, il s'agit d'un legs, à défaut, une charge¹¹⁴².

187. Des charges au bénéfice de personnes morales. Il arrive que le tiers désigné comme bénéficiaire de la charge soit une personne morale. La libéralité avec charge ne doit pas permettre de réaliser indirectement ce que la loi interdit de faire directement¹¹⁴³. En d'autres termes, la stipulation d'une charge de transmettre à un tiers ne peut conduire à gratifier un groupement incapable¹¹⁴⁴. À ce principe, il convient de reconnaître une exception chaque fois que le législateur a lui-même autorisé le recours à un intermédiaire. Il s'agit des hypothèses dans lesquelles les associations peuvent recevoir des « dons » des établissements d'utilité publique¹¹⁴⁵. Dans ce cas, le disposant réalise une libéralité intermédiée. En outre, lorsque l'impossibilité de gratifier directement le bénéficiaire repose non sur une règle de fond, mais sur un obstacle pratique alors l'intervention d'un intermédiaire doit être approuvée. Ainsi, les charges de fonder une nouvelle personne ont toujours été admises¹¹⁴⁶.

Une fois les différentes charges grevant les libéralités à caractère collectif présentées, il convient d'en tirer toutes les conséquences au regard du caractère intéressé de la libéralité.

B. Conséquences sur la nature intéressée de la libéralité

188. La poursuite d'intérêts moraux. La présence de charges grevant les libéralités à caractère collectif démontre leur nature profondément intéressée sans pour autant disqualifier l'opération¹¹⁴⁷. À tout le moins, le disposant poursuit la satisfaction d'un *intérêt moral*¹¹⁴⁸. Les

¹¹⁴²V. J.-J. DUPEYROUX, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, préf. J. MAURY, Paris : LGDJ, 1955, n° 227, p. 239. Les statuts de la Fondation de France font écho à un tel critère de distinction. Ils précisent que celle-ci s'interdit « dans la collecte de ses ressources, d'accepter, sauf de ses fondateurs, toute libéralité qui, en raison de sa nature ou de celle des charges et conditions l'assortissant, pourrait être aussi bien faite directement au profit du bénéficiaire final, sans que son intervention soit nécessaire pour assurer, par exemple, la gestion de la libéralité ou les répartitions correspondantes » (art. 2, al. 2 – Annexe 4). Pour autant, selon un auteur, rien n'empêche le bienfaiteur d'émettre un vœu, lequel ne saurait constituer une quelconque obligation pour la Fondation, de transmettre les biens, leurs produits ou revenus à telle association simplement déclarée poursuivant une mission similaire à celle de la Fondation de France (V. H. SOULEAU, « Les libéralités adressées à la Fondation de France », *Deffrénois* 1970, art. 29521, n° 20). Sur la différence entre la charge et le simple vœu – *nudum praeceptum*, V. M. BOUYSSOU, *op. cit.*, n° 39, p. 54.

¹¹⁴³V. F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *op. cit.*, n° 351, p. 326.

¹¹⁴⁴V. R. SAVATIER, « La fiducie en droit français », in *Travaux de la Semaine internationale de droit*, t. 5, *La fiducie en droit moderne*, Paris : Sirey, 1937, p. 57 et s., spéc. p. 67 (incapacité de jouissance) ; R. CASSIN, *op. cit.*, p. 348 (incapacité d'exercice).

¹¹⁴⁵V. *supra*, n° 153.

¹¹⁴⁶V. *supra*, n° 95.

¹¹⁴⁷La poursuite d'un intérêt est compatible avec l'intention libérale qui caractérise les libéralités (V. *supra*, n° 35.).

¹¹⁴⁸Sur la différence entre l'intérêt moral et la contrepartie morale, V. *supra*, n° 32.

charges d'intérêt collectif en constituent la traduction. L'idée n'est pas nouvelle. La doctrine a depuis longtemps montré qu'« en fait, lorsque le disposant impose une affectation, c'est presque toujours parce qu'il y trouve lui-même un intérêt, soit matériel, soit moral », au point d'en déduire que « l'affectation est prévue dans l'intérêt commun des parties »¹¹⁴⁹. De la même manière, selon certains auteurs, la charge stipulée dans l'intérêt du gratifié « se dédouble[e] toujours de l'intérêt du disposant »¹¹⁵⁰.

Lorsque le disposant se dépouille entre vifs, il a été établi qu'il poursuit la recherche de la réalisation de l'œuvre du groupement qu'il soutient de sorte qu'il n'existe aucune différence entre l'apport et les libéralités ordinaires¹¹⁵¹. À côté des personnes physiques, les personnes morales elles-mêmes, peuvent poursuivre la réalisation d'intérêts moraux. Chaque fois qu'une personne publique consent une libéralité, elle est tenue d'agir conformément à ses compétences¹¹⁵². Ainsi, la libéralité va lui permettre de réaliser ses missions d'intérêt général.

Réalisée à cause de mort, la libéralité démontrerait « la volonté chez l'homme de se survivre, au moyen de ses bonnes œuvres, de ne pas partir tout à fait lorsqu'il a les moyens de l'éviter, cette volonté s'est manifestée de tout temps »¹¹⁵³. Ce sentiment est exacerbé en matière de fondation¹¹⁵⁴. Certaines charges d'intérêt particulier au profit du disposant en sont la démonstration. À cet égard, les philosophes des lumières étaient farouchement opposés aux fondations. Dans l'article rédigé par TURGOT dans l'encyclopédie de DIDEROT, l'auteur critique la vanité des fondateurs, leurs illusions et leur prétention à l'éternité¹¹⁵⁵. Le fondateur poursuit toujours au minimum la réalisation d'un intérêt moral¹¹⁵⁶. À cet égard, la fondation testamentaire est vue comme une véritable opportunité en droit de propriété intellectuelle afin de permettre aux auteurs de s'assurer de l'exploitation de leurs œuvres. Ils peuvent ainsi « organiser, avant [leur] mort une dévolution générale et valable, *ad infinitum*, de [leur] patrimoine artistique »¹¹⁵⁷. En transmettant les droits d'exploitation sur ses œuvres ainsi que

¹¹⁴⁹J. FLOUR et H. SOULEAU, *op. cit.*, n° 148, p. 97.

¹¹⁵⁰H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, n° 1408, p. 602.

¹¹⁵¹V. *supra*, n° 134.

¹¹⁵²V. *supra*, n° 53.

¹¹⁵³V. R. CASSIN, *op. cit.*, p. 21

¹¹⁵⁴Un auteur n'hésite pas à parler de « fondations égoïstes, par lesquelles l'homme tend à prolonger sa personnalité » (V. A. GEOUFFRE de LAPRADELLE, *Théorie et pratique des fondations perpétuelles, histoire, jurisprudence, vues critiques, droit français et étranger*, Paris : V. Giard et E. Brière, 1895, p. 1 ; R. CASSIN, *op. cit.*, p. 4). Ainsi, le fondateur poursuit toujours un avantage moral sans que celui-ci disqualifie la fondation en acte à titre onéreux (V. H. PAILHÉ, *De la création des fondations autonomes en droit positif français*, Grenoble : impr. de Boissy et Colomb, 1939, n° 169, p. 287). Comp. A. FOUBERT, *Le don en droit*, thèse de doctorat en droit, Paris : Université Paris II, 2006 6, n° 410, p. 387.

¹¹⁵⁵V. D. DIDEROT et J. d'ALEMBERT, *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, vol. 7, 1757, v° *Fondations* ; G. SCHELLE (éd.), *Œuvres de Turgot et documents le concernant*, t. 1, Paris : Librairie F. Alcan, 1913, p. 584.

¹¹⁵⁶V. V. GUEDJ, *Essai sur le régime juridique des fondations*, thèse de doctorat, Paris : Université de Paris II, 1999, n° 51, p. 46.

¹¹⁵⁷V. P.-Y. GAUTIER, « La « solution Goncourt » : les fondations indirectes en droit d'auteur », *D.* 1991, p. 35 et s.

les différents attributs du droit moral, l'auteur fondateur est assuré qu'une personne unique aura à gérer durablement son patrimoine artistique. Ce faisant, il peut se prémunir des futurs conflits possibles entre héritiers parfois lointains au fil des générations.

189. La poursuite d'intérêts matériels. Pour autant, le disposant peut également rechercher la réalisation d'*intérêts matériels*, ce qui sera toujours le cas en matière de mécénat des sociétés commerciales ou de parrainage culturel. Les charges d'intérêt particulier tenant à la promotion de l'image de marque du bienfaiteur doivent permettre la réalisation de cet intérêt. Du côté des personnes physiques, les charges traduisent plus rarement la poursuite de tels intérêts.

Parfois, le caractère intéressé de la libéralité ne ressort pas uniquement de la stipulation de charges. Il arrive encore que les libéralités à caractère collectif apparaissent comme de véritables libéralités avantageuses.

§2. Des libéralités avantageuses

Les libéralités à caractère collectif donnent souvent lieu à des avantages fiscaux. De là, il est possible d'y déceler des libéralités avantageuses¹¹⁵⁸. À ce stade, il convient d'avoir à l'esprit que de tels avantages ne sont pas associés à toutes les libéralités à caractère collectif. De surcroît, tous ces avantages ne conduisent pas aux mêmes résultats. La majorité d'entre eux permettent simplement une diminution de l'impôt. En ce sens, le disposant s'appauvrit incontestablement. Simplement, l'appauvrissement, au sens économique du terme, est finalement moins important qu'il n'y paraît. Aussi, est-il possible de voir dans ces avantages la manifestation d'une « gratuité intéressée » traditionnelle¹¹⁵⁹. Plus rarement, la libéralité permet de contourner l'impôt. Du fait de sa libéralité, le contribuable n'est plus assujéti à l'impôt. Si le bienfaiteur s'appauvrit juridiquement en ce qu'il abandonne un droit réel au profit d'une personne morale, économiquement l'opération peut lui être profitable.

¹¹⁵⁸Selon une expression empruntée à R. LIBCHABER (V. « Une cession temporaire d'usufruit ? », *Deffrénois* 2008, p. 1656 et s., n° 1).

¹¹⁵⁹V. D. GUÉVEL, « La gratuité intéressée : oxymore d'avenir ? », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gilles Goubeaux*, Paris : Dalloz : LGDJ-Lextenso éd., 2009, p. 229 et s., n° 24.

Il convient de revenir sur chacune de ces catégories d'avantages. Les premiers conduisent à des exonérations fiscales (A), les seconds à des contournements de l'impôt (B).

A. Les exonérations fiscales

Toutes les libéralités à caractère collectif ne donnent pas lieu à des réductions fiscales. Seules celles adressées à certains groupements permettent au disposant de bénéficier d'une réduction d'impôt. Quant aux avantages fiscaux, ils ne sont pas uniformes.

Finalement, seules certaines libéralités sont concernées (1) et conduisent à ce que des économies soient réalisées (2).

1. Les libéralités concernées

190. Des avantages reconnus aux seules libéralités d'intérêt général ou d'intérêt culturel. Pour apprécier l'ouverture ou non des réductions d'impôts, il convient de se placer du côté de l'organisme bénéficiaire. Si les exonérations fiscales profitent au disposant, les principaux intéressés sont les bénéficiaires eux-mêmes : l'existence de ces mesures est un élément extrêmement attractif du mécénat. À cet égard, les dispositions fiscales sont nombreuses et peinent à être systématisées. Pour autant, plusieurs directions peuvent être tracées.

Dans la majorité des hypothèses, plus que la nature du groupement, ce sont les activités qu'il va poursuivre qui importent. Les avantages fiscaux en matière d'*impôts sur le revenu ou sur les sociétés* ne sont reconnus que lorsque la libéralité est adressée à un organisme qui poursuit des activités d'intérêt général. Ils le sont également quand la libéralité profite à un groupement culturel. Pour le dire autrement, il convient de distinguer au sein des intérêts collectifs, ceux qui sont d'*intérêt général ou culturel*¹¹⁶⁰. Reste qu'il n'est pas aisé de définir les contours de l'intérêt général. Seules certaines activités peuvent conduire à un tel label au sens de la loi. Ce sont celles :

ayant un caractère philanthropique, éducatif, scientifique, social, humanitaire, sportif, familial, culturel ou concourant à la mise en valeur du patrimoine artistique [...], à la

¹¹⁶⁰CGI, art. 37, 200 et 238 *bis* ; C. civ. loc., art. 79, III.

défense de l'environnement naturel ou à la diffusion de la culture, de la langue et des connaissances scientifiques françaises¹¹⁶¹.

De surcroît, l'Administration fiscale impose la réunion de trois conditions supplémentaires¹¹⁶² : il faut que le groupement ne fonctionne pas au profit d'un cercle restreint de personnes¹¹⁶³, qu'il n'exerce pas d'activités lucratives¹¹⁶⁴, et qu'il ait une gestion désintéressée¹¹⁶⁵. Conscient de la complexité de ces conditions, le législateur a prévu que les groupements peuvent interroger l'Administration fiscale afin de savoir s'ils entrent ou non dans le champ d'application de ces dispositions. Il s'agit du mécanisme du *rescrit fiscal*¹¹⁶⁶.

191. Particularité de l'ISF. En matière d'impôt de solidarité sur la fortune, en plus des conditions précédentes, le législateur s'intéresse à la nature du groupement bénéficiaire¹¹⁶⁷. Il s'agit notamment des fondations reconnues d'utilité publique, des fondations universitaires et des fondations partenariales. En revanche, les libéralités faites directement aux associations, quelle que soit leur nature, et aux fonds de dotation sont exclues du bénéfice de l'exonération au titre de l'ISF¹¹⁶⁸. Cela ne veut pas dire qu'une libéralité destinée à une association ne conduit jamais à une réduction d'impôt de solidarité sur la fortune. Réapparaît à ce stade l'institution des *comptes d'association*¹¹⁶⁹, précédemment rencontrée¹¹⁷⁰. Le contribuable peut alors bénéficier des exonérations liées aux fondations reconnues d'utilité publique, tout en gratifiant effectivement une association agréée par elles¹¹⁷¹.

¹¹⁶¹V. *ibidem*.

¹¹⁶²V. BOI-IR-RICI-250-10-20-10-20121001.

¹¹⁶³Ce qui exclut les groupements dont l'activité est tournée vers ses seuls membres, c'est-à-dire d'associations qui ont une logique de club (V. M. LONG, *Associations et pouvoirs publics*, Paris : LGDJ-Lextenso éd., 2010, coll. « Systèmes : droit », p. 135).

¹¹⁶⁴Ce critère se déduit de la gestion désintéressée du groupement sous réserve qu'il ne fasse pas concurrence à des organismes du secteur lucratif sans quoi seule une analyse minutieuse d'une série de critères permet de retenir son caractère lucratif. Ainsi, la documentation fiscale précise que « pour apprécier si l'organisme exerce son activité dans des conditions similaires à celle d'une entreprise, il faut examiner successivement quatre critères selon la méthode du faisceau d'indices : le « Produit » proposé par l'organisme, le « Public » qui est visé, les « Prix » qui sont pratiqués, enfin les opérations de communication (Publicité) réalisées » (V. BOI-IS-CHAMP-10-50-10-20-20120912, n^{os} 570 et 580).

¹¹⁶⁵Un organisme a sa gestion désintéressée s'il est géré et administré à titre bénévole, qu'il ne procède à aucune distribution directe ou indirecte de bénéfices et que ses membres ne peuvent se voir attribuer une part de l'actif (V. BOI-IS-CHAMP-10-50-10-20-20120912, n^o 50). Ce critère est issu de l'article 206, 1 *bis* du Code général des impôts en matière d'exonération des impôts commerciaux.

¹¹⁶⁶LPF, art. L. 80 C. Sur la doctrine fiscale, V. BOI-BIC-RICI-20-30-10-20-2012091. Adde J.-P. CASIMIR, « L'évolution du rescrit fiscal en France », in *Liber Amicorum Jacques Malherbe*, Bruxelles : Bruylant, 2006, p. 209 et s. Une telle procédure n'est pas sans rappeler le rescrit administratif qui permet à un groupement d'interroger l'autorité déconcentrée de l'État afin de savoir s'il jouit ou non de la grande capacité de jouissance (V. *infra*, n^o 292.).

¹¹⁶⁷CGI, art. 885-0 V *bis* A. Sur la doctrine fiscale, V. BOI-PAT-ISF-40-40-10-20120912.

¹¹⁶⁸V. S. SCHILLER, « Notariat et mécénat : les fonds de dotation », *JCP N* 2010, 1389.

¹¹⁶⁹Le recours à un tel mécanisme était également utile sous l'empire du droit antérieur en matière d'impôt sur le revenu puisqu'il existait des taux d'exonération distincts selon la nature de l'œuvre gratifiée (V. Rapp. Sénat 1986-1987, n^o 231, p. 8 ; Rapp. AN 1986-1987, n^o 836, p. 80 et s.).

¹¹⁷⁰V. *supra*, n^o 153.

¹¹⁷¹Il bénéficiera également du « label-qualité de l'organisme » agréant (V. V. GUEDJ, *op. cit.*, n^o 674, p. 414).

192. Libéralités aux groupements étrangers. À côté des libéralités adressées aux groupements français, il est prévu que celles adressées aux groupements dont le siège est situé dans un État membre de l'Union européenne ou dans un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales suivent le même régime. Une condition est posée : un agrément du ministre chargé du Budget¹¹⁷², voire de certains agents de l'administration des impôts sur délégation de ce premier¹¹⁷³. Cet agrément doit permettre de vérifier que ledit groupement poursuit des objectifs similaires et répond aux mêmes caractéristiques que les organismes français bénéficiant de l'exonération fiscale. L'élargissement des exonérations fiscales à certains groupements étrangers fait suite à une décision de la Cour de Justice de l'Union européenne du 27 janvier 2009 aux termes de laquelle la législation nationale qui limite les exonérations fiscales en matière de dons aux seuls organismes nationaux constitue une atteinte à la liberté de circulation des capitaux¹¹⁷⁴.

Par ailleurs, la pratique a mis en place des systèmes de *comptes d'association* internationaux au rang desquels le *Transnational Giving Europe*. Il s'agit d'un partenariat entre fondations et associations européennes dites « référentes ». En France, le partenaire institutionnel est la Fondation de France. Le donateur est invité à réaliser un don au profit d'un organisme étranger tout en bénéficiant des exonérations fiscales attachées à une libéralité adressée un groupement de son État de résidence. Ce mécanisme repose sur un triple transfert : le disposant transmet les fonds au groupement référent de son État de résidence à charge pour lui de les transférer à l'organisme référent situé dans l'État dans lequel le bénéficiaire final se situe, à charge pour ce second groupement de les transmettre à ce dernier.

Les contours des libéralités susceptibles de conduire à des exonérations fiscales arrêtées, il convient de s'intéresser aux économies réalisées.

¹¹⁷²CGI, art. 200, 4 bis ; art. 238 bis, 4 bis ; art. 885-0 V bis A.

¹¹⁷³CGI, art. 1649 nonies.

¹¹⁷⁴CJUE, 27 janvier 2009, *Hein Persche*, C-318/07 ; *Droit fiscal* 2009, n° 21, 337, note M. GUICHARD et R. GRAU.

2. Les économies réalisées

193. Mécanisme de la réduction d'impôt. Afin de favoriser le mécénat, le législateur a depuis longtemps créé un régime fiscal avantageux¹¹⁷⁵, toujours source de débats politiques dans la mesure où certains considèrent que ces avantages fiscaux sont trop importants¹¹⁷⁶. Si la réglementation fiscale a pu être, pendant longtemps, assez obscure en distinguant selon la nature de l'organisme gratifié, elle repose désormais sur des règles uniformes et relativement simples. Chaque fois, l'impôt est réduit d'un montant correspondant à un pourcentage de la libéralité, sous réserve de ne pas dépasser un certain plafond. Si toutefois une partie du montant réductible dépassait le plafond fixé, le reliquat peut faire l'objet d'un *report* en déduction des impôts à venir sur une période de cinq années¹¹⁷⁷.

194. L'impôt des personnes physiques. Lorsque le contribuable est une personne physique, il peut déduire de l'impôt sur le revenu une partie des libéralités qu'il a effectuées¹¹⁷⁸, généralement soixante-six pour cent de leur montant¹¹⁷⁹ dans la limite d'un plafond correspondant aux vingt pour cent du revenu imposable¹¹⁸⁰. Lorsque la libéralité ouvre droit à une réduction d'impôt de solidarité sur la fortune, le contribuable doit opérer un choix car les deux avantages ne sont pas cumulatifs¹¹⁸¹. S'il opte pour la seconde réduction, l'impôt de solidarité sur la fortune est réduit de soixante-quinze pour cent de la libéralité dans la limite de cinquante mille euros¹¹⁸². En revanche, si l'opération effectuée constitue une « *donation posthume* »¹¹⁸³, encore appelée « *don sur succession* »¹¹⁸⁴, le disposant ne peut pas bénéficier

¹¹⁷⁵Sur ces questions, V. S. BREUIL, « Stratégies patrimoniales privées autour des fondations », *Actes prat. et stratég. patrim.* 2009, n° 2, p. 32 et s. ; N. RAIMON, « Stratégies d'entreprise autour des fondations », *Actes prat. et stratég. patrim.* 2009, n° 2, p. 38 et s.

¹¹⁷⁶Ces débats sont relatés dans une réponse du Ministère de la culture et de la communication à une question qui lui avait été adressée (V. JO Sénat Q 2012, p. 2156). Selon celle-ci, différents amendements ont été déposés en 2011 afin de réduire les avantages fiscaux concédés au titre du mécénat. Puis, dans le cadre de la préparation de la loi de finances pour 2012, le gouvernement réfléchissait à une éventuelle diminution par deux desdits avantages.

¹¹⁷⁷V. BOI-IR-RICI-250-30-2012-09-12, n° 100.

¹¹⁷⁸CGI, art. 200. Sur la doctrine fiscale, V. BOI-IR-RICI-250-20120912.

¹¹⁷⁹La réduction est augmentée à 75 % du montant donné pour les versements effectués au profit d'organismes sans but lucratif qui procèdent à la fourniture gratuite de repas à des personnes en difficulté, qui contribuent à favoriser leur logement ou qui procèdent, à titre principal, à la fourniture gratuite des soins mentionnés au 1° du 4 de l'article 261 à des personnes en difficulté. Ces versements sont retenus dans la limite de 521 € à compter de l'imposition des revenus de l'année 2011 (CGI, art. 200-1 *ter*). Au-delà, la réduction est celle de droit commun (V. BOI-IR-RICI-250-30-20120912, n° 70).

¹¹⁸⁰En matière de versements à un parti ou un groupement politique, ces derniers sont retenus dans la limite de 15 000 € (CGI, art. 200-3, al. 2).

¹¹⁸¹CGI, art. 885-0 V *bis* A, III. Sur la doctrine fiscale, V. BOI-PAT-ISF-40-40-20-20130715, n°s 220 et s., spéc. n° 250.

¹¹⁸²CGI, art. 885-0 V *bis* A.

¹¹⁸³V. S. HERVOIS et F. GROSJEAN, « Donation posthume, levier fiscal et philanthropique », *JCP N* 2013, 1217.

¹¹⁸⁴V. A. PANDO, « Lever les obstacles juridiques pour libérer les dons », *Dr. et patr.* 2013, n° 23, p. 6 et s. ; G. DUFOUR et R. VABRES, « Les dons « oubliés », les dons innovants : étude juridique et fiscale », Rapport au Ministre de la vie associative, non publié, 2012, p. 9.

des présentes exonérations¹¹⁸⁵. Celle-ci confère uniquement au contribuable un abattement sur les droits de mutations consécutifs à l'ouverture d'une succession équivalant au montant des biens reçus et transmis à une fondation ou une association reconnue d'utilité publique¹¹⁸⁶.

195. L'impôt des personnes morales. Par ailleurs, lorsque le contribuable est une personne morale, deux possibilités s'offrent à elle. Si la dépense est considérée comme de mécénat, la réduction d'impôt sur les sociétés correspond aux soixante pour cent du montant des versements dans la limite de cinq pour mille du chiffre d'affaires¹¹⁸⁷. Au contraire, si la dépense est de parrainage alors la totalité de celle-ci peut être déduite lors de l'établissement du bénéfice imposable¹¹⁸⁸. En l'absence de critère sérieux de distinction¹¹⁸⁹, en pratique les sociétés commerciales vont opter pour l'une ou l'autre de ces dépenses selon le système qui leur est le plus avantageux.

De telles exonérations fiscales et économies d'impôt viennent diminuer l'appauvrissement réel du bienfaiteur. La pratique l'a bien compris. Lorsqu'elle fait appel à la générosité du public, l'avantage fiscal résultant du versement est l'un des premiers points sur lequel l'attention du potentiel bienfaiteur est attirée.

Il arrive encore que le bienfaiteur puisse contourner l'impôt.

B. Les contournements de l'impôt

Les libéralités à caractère collectif peuvent permettre de contourner l'impôt normalement dû au point même parfois d'enrichir, en fait, le contribuable. Deux institutions illustrent

¹¹⁸⁵CGI, art. 788, III. Sur cette disposition, V. M.-C. PALISSON, « Les libéralités de l'article 788 III du Code Général des Impôts », *JCP N* 2005, HS, p. 24 et s. ; L. CHARBONNEAUX et L. MAZEYRIÉ, « Un outil de mécénat à ne pas négliger : les libéralités de l'article 788 III du Code Général des Impôts », *JCP N* 2007, HS, p. 17 et s. ; BOI-ENR-DMTG-10-50-20-20130121, n^{os} 230 et s.

¹¹⁸⁶Fiscalement, l'opération peut avoir un autre intérêt puisqu'elle permet d'éviter que les biens transmis n'entrent dans l'assiette de l'ISF (V. L. CHARBONNEAUX et L. MAZEYRIÉ, art. précité).

¹¹⁸⁷CGI, art. 238 *bis*. Cette disposition a fait l'objet de très nombreuses modifications. Initialement, la réduction fiscale était calculée par rapport au bénéfice imposable, puis par rapport au résultat. Désormais, la déduction s'opère par rapport au chiffre d'affaires (L. n^o 2003-721 du 1^{er} août 2003, art. 40). Sur la doctrine fiscale, V. BOI-BIC-RICI-20-30-30-20120912. Par ailleurs, la déduction monte jusqu'à 90 % des versements effectués au profit de l'État ou toute personne publique en vue de l'acquisition de trésors nationaux (CGI, art. 238 *bis*-0 A). Sur la doctrine fiscale, V. BOI-SJ-AGR-50-30-20130923.

¹¹⁸⁸CGI, art. 39, al. 1^{er}, 7^o. La même solution est retenue pour les subventions d'employeur au comité d'entreprise (V. BOI-BIC-CHG-40-40-60-20120912, n^o 30).

¹¹⁸⁹Sur la proposition de critère fondé sur l'affectation, V. *supra*, n^o 178.

particulièrement cette situation : la donation temporaire d'usufruit (1) et la charge de délivrer un legs net de droit (2).

1. La donation temporaire d'usufruit

196. L'intérêt fiscal de la donation temporaire d'usufruit. La donation temporaire d'usufruit a déjà été rencontrée¹¹⁹⁰. Il est possible de parler à son égard de véritable « donation avantageuse »¹¹⁹¹. En matière d'usufruit et de nue-propriété, pour le calcul de l'impôt de solidarité sur la fortune, la valeur du bien est comprise dans le patrimoine de l'usufruitier¹¹⁹². Quant à ses revenus, tels des dividendes¹¹⁹³, ils sont dévolus à l'usufruitier, titulaire du *fructus*¹¹⁹⁴. Ils ne sont donc plus compris dans l'assiette de l'impôt sur le revenu du nu-propriétaire. Toute donation d'usufruit permet de diminuer l'assiette de l'impôt tant sur le revenu que de solidarité sur la fortune. Lorsqu'elle est temporaire, elle permet d'échapper à l'impôt pour une période donnée participant ainsi d'une véritable opération de gestion de biens¹¹⁹⁵. Le sacrifice concédé par le bienfaiteur peut même se révéler avantageux. L'impôt économisé est parfois supérieur à l'appauvrissement juridique attaché à la libéralité¹¹⁹⁶. Finalement, le disposant « profite d'une économie fiscale sans conséquence dommageable pour autrui »¹¹⁹⁷. En revanche, ces avantages ne peuvent vraisemblablement pas se cumuler avec les exonérations précédemment étudiées¹¹⁹⁸.

¹¹⁹⁰V. *supra*, n° 120.

¹¹⁹¹V. R. LIBCHABER, art précité, n° 1.

¹¹⁹²CGI, art. 885-G, al. 1^{er}. Il existe des exceptions, mais ce sera toujours le cas lorsque l'usufruitier est un groupement. En revanche, lorsque le donateur retiendra l'usufruit et ne transmettra que la nue-propriété du bien, il sera procédé à un partage proportionnel de la valeur du bien entre les deux (CGI, art. 885-G *in fine*).

¹¹⁹³Les dividendes sont considérés comme des fruits (V. Civ. 1^{re}, 21 octobre 1931, *D.* 1931, 1, p. 100, note P. CORDONNIER ; *S.* 1933, 1, p. 137, note H. BATIFFOL ; Civ. 1^{re}, 7 juillet 1941, *D.* 1941, p. 370 ; Com., 23 octobre 1990, n° 89-13.999, *Bull. civ.* IV, n° 247, *RTD civ.* 1991, p. 361, obs. F. ZÉNATTI).

¹¹⁹⁴C. civ., art. 582.

¹¹⁹⁵V. DEPADT-SEBAG, « L'usufruit temporaire des personnes physiques », *RTD civ.* 2010, p. 669 et s.

¹¹⁹⁶Soit un exemple chiffré à partir d'une hypothèse simple même si finalement l'économie fiscale réalisée est faible. Elle permet d'illustrer le propos. Soit un contribuable, célibataire sans enfant, dont le patrimoine net s'élève à 1,5 million d'euros. Ce dernier est tenu de payer l'ISF qui est dû dès que la valeur excède 800 000 € et pour ce seul excédent selon un barème progressif (CGI, art. 885 U). Ce patrimoine est composé notamment d'un immeuble de rapport valant 300 000 € dont les revenus nets annuels correspondent à 5 000 € (avant impôt sur le revenu). Plusieurs impôts seront dus. D'abord, l'impôt sur le revenu : 1 500 €, en admettant que la tranche de 30 % s'applique pour le tout (CGI, art. 197). Ensuite, l'ISF : 3 900 € (0 %*800 000 € + 0,5%*500 000 € + 0,7%*200 000 €). Soit un impôt total de 5 400 €. Si le contribuable réalise une donation temporaire d'usufruit de l'immeuble, il diminue la valeur de son patrimoine à 1,2 million d'euros. L'ISF n'est plus dû (CGI, art. 885 A). Quant à l'impôt sur les revenus afférents à l'immeuble, ils sont réduits à zéros. En d'autres termes, le contribuable réalise une économie fiscale de 5 400 € tout en se dépouillant réellement que de 5 000 € (loyers). Il économise, finalement, 400 €. En réalité, les donations temporaires d'usufruit portant sur des valeurs mobilières permettent davantage que celles ayant pour objet des immeubles de réaliser des opérations d'optimisation fiscale, raison pour laquelle l'instruction fiscale a pour principale finalité de les appréhender (V. *supra*, n° 122.).

¹¹⁹⁷V. R. LIBCHABERT, art. précité, n° 1. L'auteur précise que « la charge de l'ISF est neutralisée le temps du démembrement ».

¹¹⁹⁸La règle n'est pas certaine. Lors des débats parlementaires autour de la loi du 1^{er} août 2003, un amendement permettant ce cumul a été retiré car considéré comme octroyant « un avantage fiscal global sans doute excessif » (V. JO AN CR 16 juillet 2003, p. 7774). Dans cette lignée, les organismes bénéficiaires ne délivrent

197. Le risque d'abus de droit fiscal. En la matière, le risque de redressement fiscal est important. Pour parer ce risque et pour sécuriser l'institution, il a été montré que l'Administration fiscale avait édicté une instruction posant une série de critères cumulatifs dont le respect faisait irréfragablement présumer l'absence d'abus de droit fiscal¹¹⁹⁹. À ce stade, il convient de revenir rapidement sur cette notion. La loi déclare inopposable à l'Administration fiscale toutes les transmissions qui ont un caractère abusif et constituent un abus de droit¹²⁰⁰. Ce dernier est caractérisé soit lorsque l'acte est fictif, soit quand il est motivé par aucun autre motif que celui d'éviter l'impôt. Chacune des deux situations renvoie à des notions distinctes. La première fait écho à la simulation tandis que la seconde s'assimile à la fraude¹²⁰¹. D'un côté, la simulation peut avoir deux origines différentes¹²⁰². Elle porte soit sur l'objet – simulation par acte fictif – soit sur la cause – acte déguisé¹²⁰³. D'un autre côté, la fraude est retenue lorsque l'acte a un but exclusivement fiscal¹²⁰⁴, c'est-à-dire toutes les fois où l'opération a pour seule finalité d'éviter l'impôt¹²⁰⁵. Un auteur relève que « le problème est cependant de savoir jusqu'à quel point un montage juridique relève de l'optimisation fiscale parfaitement légale, plutôt que de l'abus de droit répréhensible »¹²⁰⁶.

En matière de donation temporaire d'usufruit, la doctrine fiscale fixe cinq conditions cumulatives afin d'éviter le risque d'abus de droit¹²⁰⁷. La première limite les bénéficiaires d'une telle donation. Les deux suivantes imposent que le groupement trouve un intérêt dans la donation et que ses droits d'usufruitier soient préservés. Ces conditions tendent à éviter la

pas de reçus fiscaux (V. B. COSSON et D. DELMAZ, « Les atouts de la donation temporaire d'usufruit de titres à une fondation », *Dr. et patr.* 2007, n° 165, p. 20 et s.). Pour une étude de propositions de réforme en faveur du cumul, V. G. DUFOUR et R. VABRES, « Les dons « oubliés », les dons innovants : étude juridique et fiscale », Rapport au Ministre de la vie associative, non publié, 2012, p. 38. Adde A. PANDO, « Lever les obstacles juridiques pour libérer les dons », *Dr. et patr.* 2013, n° 23, p. 6 et s.

¹¹⁹⁹V. *supra*, n° 121.

¹²⁰⁰LPF, art. 64.

¹²⁰¹V. J.-J. BIENVENU et T. LAMBERT, *Droit fiscal*, 4^e éd., Paris : PUF, 2010, coll. « Droit fondamental. Classique », n° 224, p. 211 ; M. COLLET, *Droit fiscal*, 5^e éd., Paris : PUF, 2015, coll. « Thémis. Droit », n° 381, p. 214.

¹²⁰²V. F. DEBOISSY, *La simulation en droit fiscal*, préf. M. COZIAN, Paris : LGDJ, 1997, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 276.

¹²⁰³V. M. COZIAN et F. DEBOISSY, *Précis de fiscalité des entreprises*, 38^e éd., Paris : LexisNexis, 2014, coll. « Précis fiscal », n° 2187, p. 886.

¹²⁰⁴V. Com., 19 avril 1988, *Dame Dozinel*, *JCP E* 1989, 1550, note A. GRANDEROUTE. Une disposition de la loi de finance pour 2014 prévoyait de remplacer la notion de motif exclusivement fiscale par un motif « principal fiscal ». Celle-ci a été censurée par le Conseil constitutionnel (C. const., 29 décembre 2013, n° 2013-685 DC) au motif du non-respect du principe à valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi et du principe de légalité des délits et des peines. Sur cette question, V. M. COZIAN et F. DEBOISSY, *op. cit.*, n° 2196, p. 890.

¹²⁰⁵Un double critère doit être rapporté en cas de fraude, un critère objectif, tenant à la recherche du bénéfice d'une application littérale des textes et un critère subjectif, à savoir la motivation du contribuable (V. P. SERLOOTEN, *Droit fiscal des affaires*, 14^e éd., Paris : Dalloz, 2015, coll. « Précis », n° 26, p. 29).

¹²⁰⁶V. M. COLLET, *op. cit.*, n° 385, p. 216.

¹²⁰⁷V. *supra*, n° 122.

simulation. Elles n'en sont pas moins inutiles car évidentes¹²⁰⁸. Les deux dernières, quant à elles, sont supposées diminuer le risque de fraude. D'abord, la durée de la donation ne peut être inférieure à trois ans de sorte que la chance que l'opération soit avantageuse sur toute la période demeure incertaine. Ensuite, le recours au notaire est imposé. Officier public, il devient le garant du contrôle des motivations du disposant¹²⁰⁹. Une telle position de la part de l'Administration fiscale paraît quelque peu contradictoire. Les critères posés ne sont pas de nature à éviter l'abus de droit. Au contraire, en posant une présomption irréfragable d'absence d'abus de droit, l'Administration ferme la porte à tout contrôle chaque fois que les conditions sont réunies. De surcroît, la donation temporaire d'usufruit est évidemment un mécanisme d'optimisation fiscale. Le législateur en a pleinement conscience¹²¹⁰. La place qui lui est consacrée dans la littérature financière est importante¹²¹¹.

Un même risque d'abus de droit se retrouve en présence d'une charge de délivrer un legs net de frais et droits.

2. La charge de délivrer un legs net de frais et droits

198. Le paiement des droits de mutation. La charge de délivrer un legs net de frais et droits consiste pour le testateur à imposer au légataire universel de payer les frais attachés au legs particulier, c'est-à-dire les droits de mutation. Le légataire à titre particulier reçoit donc son legs net d'impôt¹²¹². En tout état de cause, la personne morale ne trouve un intérêt dans la libéralité que si, une fois le legs à titre particulier délivré et les frais payés, il lui reste une

¹²⁰⁸ Il va de soi que si le bénéficiaire accepte une libéralité qui ne lui procure aucun avantage, l'acte sera fictif. Quant à la préservation des droits de l'usufruit, la Cour de cassation a depuis longtemps imposé cette exigence (V. Civ. 1^{re}, 24 janvier 1979, n° 77-11.809, *Bull. civ. I*, n° 35).

¹²⁰⁹ L'une des raisons d'être du formalisme notarié est de permettre « le contrôle social de l'activité libérale » (V. M. GRIMALDI, *Droit civil : Libéralités, partages d'ascendants*, Paris : Litec, 2000, n° 1278, p. 211).

¹²¹⁰ V. *supra*, note n° 1198, ss n° 197.

¹²¹¹ V. M. MOUTTER, « L'usufruit temporaire : une technique méconnue mais avantageuse », *Option finance* 2005, n° 844, p. 42 et s. ; I. COMBES, « La donation temporaire d'usufruit », *Option finance* 2006, n° 905, p. 38 et s. ; S. BREUIL, « Stratégie patrimoniales privées autour des fondations », *Actes prat. et stratég. patrim.* 2009, n° 2, p. 32 et s. ; C. MARÉCHAL, « Démembrement de propriété : un outil de défiscalisation », *Opérations immobilières* 2010, n° 21, p. 22 et s.

¹²¹² Une telle charge ne constitue pas un supplément de libéralité au profit du légataire (V. JO AN Q, 11/03/2008, p. 2076). Sur cette pratique, V. N. DUCHANGE, « Legs aux œuvres : deux formules incitatives », *JCP N* 2007, HS, p. 13 et s. L'auteur montre qu'il est également possible dans un testament d'inciter son héritier à réaliser un don au profit d'une œuvre débouchant sur une réduction d'impôt. Finalement, l'héritier peut tirer profit indirectement du capital, par le biais de la réduction d'impôt, alors que si le testateur avait directement avantage le groupement collectif, l'héritier n'aurait rien touché du tout. Il ne s'agit alors que d'un simple souhait ou vœu. Le testateur n'est pas assuré de son exécution.

partie substantielle de la succession. Cette part dépend des droits de mutation auxquels elle est elle-même assujettie.

En l'absence de lien de parenté entre le disposant et le bénéficiaire de la libéralité, des droits de mutation sont normalement dus et correspondent à soixante pour cent de la valeur de la libéralité¹²¹³. Par définition, les organismes sans but lucratif devraient être assujettis à un tel pourcentage. Néanmoins, le législateur tempère cette règle dans un certain nombre de cas¹²¹⁴. D'une part, lorsque la libéralité est adressée à un établissement public ou d'utilité publique les taux prévus en matière de collatéraux privilégiés vont s'appliquer, à savoir trente-cinq pour cent jusqu'à un certain seuil, puis quarante-cinq au-delà¹²¹⁵. D'autre part, le législateur prévoit dans certaines hypothèses des exonérations totales de droit de mutation¹²¹⁶. D'abord, les dons manuels adressés aux organismes d'intérêt général sont libres de droits¹²¹⁷. Ensuite, toutes les personnes morales de droit public sont exonérées¹²¹⁸. Enfin, une telle faveur est prévue pour certaines catégories de groupements limitativement énumérées¹²¹⁹ ainsi que pour certains biens¹²²⁰. Chaque fois que le groupement ne bénéficie pas d'un régime de faveur, le recours aux comptes d'association peut lui permettre de profiter des taux de la fondation à

¹²¹³CGI, art. 777.

¹²¹⁴En revanche, la taxe de publicité foncière est toujours due (CGI, art. 677). Le taux de la taxe de publicité foncière est de 0,60 % pour les mutations entre vifs à titre gratuit (CGI, art. 791). Aucune exonération n'est prévue à ce titre sauf pour l'État et certains de ses établissements publics (CGI, art. 1094-I). Sur la doctrine fiscale, V. BOI-ENR-DMTG-20-40-20130408, n° 220.

¹²¹⁵CGI, art. 777. À ce jour, le seuil est fixé à 24 430 €, mais il est actualisé régulièrement (la loi n° 2012-958 du 16 août 2012 a supprimé l'obligation d'actualisation chaque 1^{er} janvier résultant de la loi n° 2007-1223 du 21 août 2007).

¹²¹⁶V. A. CHAPPERT, « La fiscalité des organismes sans but lucratif », *Deffrénois* 1996, p. 507 et s., n°s 26 et s.

¹²¹⁷CGI, art. 757. Sur la doctrine fiscale, V. BOI-ENR-DMTG-20-10-20-10-20140128, n°s 100 et s. Dans la mesure où toutes les associations peuvent désormais recevoir de telles donations manuelles, lorsque l'association n'est pas considérée comme d'intérêt général, les dons seront taxés à hauteur de soixante pour cent. Il existe alors un enjeu fiscal à retenir la qualification d'apport plutôt que de don (V. *supra*, n° 133.). Reste qu'en pratique, pour que les droits soient dus, le don manuel doit avoir été révélé à l'Administration fiscale selon les règles spéciales posées par l'article 575 du Code général des impôts (V. BOI-ENR-DMTG-20-10-20-10-20140128, n°s 10 et s.; N. PETERKA, *Les dons manuels*, préf. P. CATALA, LGDJ, 2001, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 355, n°s 258 et s., p. 207 et s.; J. AULAGNIER, L. AYNÈS, J.-P. BERTREL et al. (dir.), *Lamy patrimoine*, t. 1, v° *Don manuel*, n°s 275-20 et s.). En d'autres termes, le don manuel n'est pas en soi taxable. Aussi, le groupement peut « à condition évidemment de ne pas éveiller l'attention de l'administration échapper à toute imposition » (V. M. NICOD, « Les libéralités ordinaires : Formalisme des donations », in M. GRIMALDI (dir.), *Droit patrimonial de la famille*, 4^e éd., Paris : Dalloz, 2011, coll. « Dalloz Action », n° 311.122, p. 790 (non repris dans la dernière édition). Appliquant l'hypothèse de la révélation, initialement prévue pour les seules personnes physiques, aux personnes morales, la Cour de cassation a pu juger que la présentation de la comptabilité d'une association à l'Administration fiscale valait révélation du don manuel (V. Com., 5 octobre 2004, n° 03-15.709, *Bull. civ. IV*, n° 178 ; Com., 15 mai 2007, n° 06-11.844, *Inédit*). À la suite de la condamnation de cette solution par la Cour européenne des droits de l'Homme (V. CEDH, 30 juin 2011, *Témoins de Jéhovah c/ France*, n° 8916/05 ; *RTD civ.* 2012, p. 702 obs. J.-P. MARGUÉNAUD), la Cour de cassation est revenue sur sa solution et estime désormais que la révélation doit avoir été volontaire (V. Com., 15 janvier 2008, n° 12-11.642, *Bull. civ. IV*, n° 7).

¹²¹⁸CGI, art. 794 et 1040 I.

¹²¹⁹Au rang desquels les « établissements publics ou d'utilité publique, dont les ressources sont exclusivement affectées à des œuvres scientifiques, culturelles ou artistiques à caractère désintéressé », les fondations universitaires et partenariales, les associations culturelles et les congrégations, les fonds de dotation (CGI, art. 795). Sur la doctrine fiscale, V. BOI-ENR-DMTG-10-20-20-20120912. Une exonération spéciale est prévue au profit de la Croix rouge française (CGI, art. 1071).

¹²²⁰Œuvres d'art, des monuments historiques et objets à caractère historique (CGI, art. 795).

laquelle il est rattaché¹²²¹. Les mêmes exonérations profitent aux groupements étrangers agréés dont le siège est situé dans un État membre de l'Union européenne ou dans un État membre de l'Espace économique européen ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales¹²²².

Adressé à un groupement exonéré de droit de mutation, le legs universel avec charge de délivrer un legs net de frais et droits permet de gratifier son légataire particulier d'un émolument bien supérieur à celui auquel il aurait eu droit directement¹²²³. De surcroît, la libéralité permet du même coup de réaliser une opération généreuse dans un but d'intérêt général¹²²⁴.

199. Conclusion de la Section. Les libéralités à caractère collectif sont des libéralités intéressées par nature. D'abord, elles sont grevées de charges d'intérêt collectif. En imposant une charge d'affectation, le disposant poursuit toujours un intérêt moral. Parfois, il lui arrive également de poursuivre un intérêt matériel. Celui-ci peut être révélé par la stipulation d'une charge d'intérêt particulier notamment de promouvoir l'image du bienfaiteur. Ainsi, certaines libéralités ont pour finalité de développer son image de marque. En outre, la libéralité peut apparaître intéressée chaque fois qu'elle est motivée par des considérations fiscales.

200. Conclusion du Chapitre. Bien que les libéralités à caractère collectif soient diverses, il n'en demeure pas moins qu'elles partagent un certain nombre de traits distinctifs communs. D'abord, elles sont des libéralités affectées. Simplement, à l'image de celles-ci, les affectations sont plurielles. Ensuite, elles sont des libéralités intéressées. Là encore, les motivations poursuivies par le bienfaiteur peuvent varier. Un même constat peut être fait du côté des techniques employées.

¹²²¹V. *supra*, n° 190.

¹²²²CGI, art. 795-0 A. Cette disposition est entrée en vigueur le 31 décembre 2014. Or, la Cour de Justice de l'Union européenne a récemment condamné la France sur le fondement de la libre circulation des capitaux pour avoir réservé l'exonération des droits de mutation aux groupements français sous l'empire du droit antérieur (V. CJUE, 16 juillet 2015, C-485/14).

¹²²³Pour bien comprendre l'hypothèse, il convient de raisonner à partir d'un exemple chiffré. Soit un actif net successoral de 1 000 000 € au jour du partage. Si le *de cuius* a institué un tiers à la succession comme légataire universel, ce dernier est tenu de droits de mutation de 60 % (art. 777 CGI), soit 600 000 €. Seuls 400 000 € lui reviendront. Au contraire, si le testateur institue un organisme exonéré de droits de mutation, telle une fondation reconnue d'utilité publique, légataire universelle à charge pour elle de délivrer un legs particulier de 500 000 € net de frais et droits. Les droits de mutation dus par le tiers sont égaux à 300 000 € (60 %*500 000 €). Ces droits sont prélevés par la fondation sur le legs reçu de sorte qu'il lui restera ensuite 200 000 € (LU = 1 000 000 € (actif net) – 500 000 € (LP) – 300 000 € (charge)). Le tiers légataire peut, quant à lui, garder l'intégralité de son legs. Ce mécanisme permet de gratifier le tiers au-delà de ce qu'il aurait reçu normalement tout en permettant à un groupement sans but lucratif de recevoir une partie de la succession.

¹²²⁴Il peut être important de le mettre en évidence afin d'éviter tout risque d'abus de droit fiscal (V. S. BREUIL, art. précité).

Chapitre II. Des techniques plurielles

201. La réception de techniques originales de libéralité. Il est classique de voir dans les libéralités à caractère collectif des libéralités *sub modo*. Sous couvert de s'intéresser aux libéralités avec charges et aux fondations¹²²⁵, CASSIN étudiaient les libéralités aux personnes morales. Le lien entre celles-ci et les libéralités avec charge était consommé. De nombreux auteurs l'ont réaffirmé depuis¹²²⁶. De prime abord, il semble logique de voir dans chacune d'entre elles de simples libéralités *sub modo* dans la mesure où il a été montré que toutes les libéralités à caractère collectif étaient grevées de charge¹²²⁷. Pourtant, une telle présentation mérite d'être tempérée.

D'abord, certaines donations peuvent prendre la forme d'un engagement unilatéral de volonté. La qualification de donation n'est, en effet, pas incompatible avec le caractère unilatéral de l'acte. L'appréhension des renonciations au sein des donations indirectes le manifeste¹²²⁸. Ainsi, il a été admis que l'engagement unilatéral de volonté peut à son tour caractériser une telle libéralité¹²²⁹. L'hypothèse est rare. Elle vise les libéralités dont la finalité est de créer une fondation personnifiée, les actes de fondation entre vifs et les engagements sur un programme d'action pluriannuel, et les promesses de souscription. S'agissant des actes de fondation, l'idée d'avoir recours à un acte juridique unilatéral n'est pas nouvelle. Elle a été soutenue dès 1937 lors des travaux de la semaine internationale du droit¹²³⁰, puis reprise par CASSIN¹²³¹. Largement combattue en doctrine, cette proposition est pourtant préférable à celle qui consiste à voir dans ces actes de simples offres de donation.

Ensuite, de nombreuses libéralités à caractère collectif s'appuient sur une catégorie innommée de libéralités ne trouvant pas sa place au sein de l'article 893 du Code civil. Elles reposent sur de véritables fiducies aux fins de libéralité. Là encore, cette proposition n'est pas novatrice. Lors des travaux de la semaine internationale du droit, SAVATIER faisait le lien entre la fondation

¹²²⁵R. CASSIN, *Droit civil approfondi et comparé : les libéralités avec charge et les fondations*, Paris : les Cours de droit, 1939.

¹²²⁶V. H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 4, *Successions, Libéralités*, 5^e éd. par L. LEVENEUR et S. MAZEAUD-LEVENEUR, Paris : Montchrestien, 1999, n° 1403, p. 1405

¹²²⁷V. *supra*, n° 181.

¹²²⁸V. *supra*, n° 67.

¹²²⁹V. *ibidem*.

¹²³⁰V. P. de FONT-RÉAULX, « Rapport sur les fondations en France », in *Travaux de la Semaine internationale de droit*, t. 3, *Les fondations*, Paris : Sirey, 1937, p. 57 et s., spéc. p. 65, simplement l'auteur considère que cette voie s'ajoute à la possibilité de recours à une donation entre vifs.

¹²³¹R. CASSIN, *op. cit.*, p. 322.

et la fiducie¹²³² tandis que DEMOGUE insistait sur la différence entre ces deux institutions¹²³³. En réalité, il convient de se placer à mi-chemin entre ces éminents auteurs : la fiducie aux fins de libéralité n'est pas à même d'appréhender l'ensemble des libéralités à caractère collectif. Il n'en demeure pas moins qu'elle y joue un rôle important. Ainsi, la qualification des libéralités à caractère collectif n'est pas unitaire, mais duale. Chaque fois que le bienfaiteur a recours à un intermédiaire de transmission, l'opération doit être requalifiée en fiducie-libéralité.

202. Plan. À côté de la donation entre vifs traditionnelle et du legs, l'étude des libéralités à caractère collectif commande de réceptionner tant l'engagement unilatéral de volonté (Section I) que la fiducie aux fins de libéralité (Section II).

Section I. La réception de l'engagement unilatéral de volonté

L'existence de l'engagement unilatéral de volonté semble désormais admise¹²³⁴ : lorsqu'il réalise une libéralité, une donation indirecte peut être caractérisée¹²³⁵. Le recours à l'engagement unilatéral de volonté n'en est pas moins utile¹²³⁶. Il permet de sécuriser certaines institutions qui sont, à l'heure actuelle, particulièrement fragiles.

Finalement trois catégories de libéralité à caractère collectif reposent sur une telle déclaration unilatérale de volonté : la fondation personnifiée entre vifs (§1), l'engagement sur un programme pluriannuel (§2) et la promesse de souscription (§3).

§1. La fondation personnifiée entre vifs

Parmi les libéralités à caractère collectif, la fondation entre vifs dont la finalité est de créer une personne nouvelle paraît la plus fragile compte tenu de sa qualification actuelle : une

¹²³²R. SAVATIER, « La fiducie en droit français », in *Travaux de la Semaine internationale de droit*, t. 5, *La fiducie en droit moderne*, Paris : Sirey, 1937, p. 57 et s., spéc. p. 58.

¹²³³R. DEMOGUE, « Rapport général », in *Travaux de la Semaine internationale de droit*, t. 5, *La fiducie en droit moderne*, Paris : Sirey, 1937, p. 1 et s., spéc. p. 3.

¹²³⁴V. *supra*, n^{os} 57. et s.

¹²³⁵V. *supra*, n^o 67.

¹²³⁶Si toutes les libéralités à caractère collectif sont grevées de charge, cette circonstance ne saurait faire obstacle à la réception de l'engagement unilatéral de volonté. La jurisprudence a déjà retenu qu'un engagement unilatéral de volonté peut contenir une condition. V. Civ. 1^{re}, 28 novembre 2012, n^o 11-20.674, *Inédit* ; *RDC* 2005, p. 505 et s., obs. T. GENICON.

offre de donation. De surcroît, le recours à l'offre ne rend pas compte de ses traits essentiels à la différence de l'engagement unilatéral de volonté.

Les limites de la qualification actuelle (A) commandent d'avoir recours à l'engagement unilatéral de volonté (B).

A. Les limites de la qualification actuelle

203. Les risques attachés à une révocation volontaire de l'offre de fonder. Pour la doctrine, la fondation entre vifs, lorsqu'elle tend à créer un nouveau groupement, est supposée reposer sur le mécanisme de l'offre de donation¹²³⁷. Pourtant, le régime de celle-ci est loin de sécuriser l'institution¹²³⁸. Si l'offre adressée à une personne déterminée ne peut être rétractée avant l'expiration du délai prévu, voire d'un délai raisonnable¹²³⁹, la sanction de la violation de cette règle conduit uniquement à l'engagement de la responsabilité civile extra-contractuelle de l'offrant et non au « forçage » du contrat¹²⁴⁰. Le régime de la révocation de l'offre, actuellement défini par la jurisprudence, pourrait faire son entrée aux articles 1115 et suivants du Code civil¹²⁴¹. Cependant, ces dernières dispositions se bornent à consacrer les solutions retenues par la jurisprudence en droit positif.

Appliquée aux fondations reconnues d'utilité publique, cette théorie conduit à la possibilité que le nouvel établissement créé puisse être une coquille vide si le fondateur venait à rétracter son offre après la reconnaissance d'utilité publique, mais avant que le conseil d'administration de la fondation n'ait eu le temps d'accepter la dotation¹²⁴². La fondation pourrait être privée de sa dotation¹²⁴³, sauf à obtenir des dommages et intérêts si les juges voulaient bien admettre que la révocation a eu lieu avant l'expiration d'un délai

¹²³⁷V. *supra*, n° 92.

¹²³⁸Dans le même sens, V. V. GUEDJ, *Essai sur le régime des fondations en droit français*, thèse de doctorat en droit, Paris : Université Paris II, n°s 534 et s., p. 313 et s.

¹²³⁹V. F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil : Les obligations*, 11 éd., Paris : Dalloz, 2013, coll. « Précis. Droit privé », n°s 115 et s., p. 136 et s.

¹²⁴⁰Comp. Civ. 3^e, 7 mai 2008, n° 07-11.690, *Bull. civ. I*, n° 79 ; *RDC* 2008, p. 1239, obs. F. COLLAR-DUTILLEUL ; *RTD civ.* 2008, p. 474, obs. B. FAGES ; *RDC* 2008, p. 1109, obs. T. GENICON. Il a pu être soutenu que dans cette décision la Cour de cassation ouvrait cependant une voie vers le forçage du contrat sur le fondement d'un engagement unilatéral de volonté. V. T. GENICON, *RDC* 2008, p. 1109, obs. ss Civ. 3^e, 7 mai 2008. D'autres auteurs y voient la simple application d'une clause pénale. V. Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 6e éd., Paris : Defrénois-Lextenso éd., 2013, coll. « Droit civil », n° 470, p. 229.

¹²⁴¹V. Projet d'ordonnance portant réforme du droit commun des contrats, du régime des obligations et du droit de la preuve.

¹²⁴²Si cet événement a lieu avant ladite reconnaissance, le gouvernement devrait, en toute logique, s'y opposer. *Adde* V. GUEDJ, *op. cit.*, n° 545, p. 314.

¹²⁴³Un auteur remarque qu'il n'est alors pas impossible de se retrouver en présence d'une « fondation effectivement créée, mais privée de sa dotation statutaire ! » (V. M. POMEY, *Traité des fondations d'utilité publique*, Paris : PUF, 1980, p. 233).

raisonnable¹²⁴⁴. Un tel recours est incertain eu égard au délai très important qu'il peut exister entre l'offre et son acceptation par le conseil d'administration de la fondation.

204. Les risques inhérents au décès ou à l'incapacité du fondateur. De la même manière, en cas de décès ou d'incapacité de l'offrant, la jurisprudence considère qu'en l'offre est caduque¹²⁴⁵. Comme en matière de révocation volontaire, une exception est admise à la caducité de l'offre pour décès. Elle ne l'est qu'à la double condition que l'offre soit assortie d'un terme et qu'elle ait été adressée à une personne déterminée¹²⁴⁶. Dans ce cas, l'offre passe aux héritiers. Reste que ces derniers peuvent toujours révoquer celle-ci tant qu'elle n'a pas été acceptée. Ils n'engageront alors que leur responsabilité civile.

Là encore, la mort du fondateur peut poser quelques difficultés. L'application de la solution retenue par la jurisprudence est incertaine. L'acte juridique, support de la fondation, n'est en pratique jamais assorti d'un terme. Afin que l'offre de fonder passe aux héritiers, il conviendrait de retenir, avec certains auteurs¹²⁴⁷, qu'en présence d'une offre sans terme, le décès de l'offrant avant l'expiration d'un délai raisonnable fait échec à sa caducité. Là encore, il n'est pas certain qu'en matière de fondations reconnues d'utilité publique, il soit aisé de retenir l'existence d'un tel délai si le fondateur venait à décéder ou être frappé d'incapacité quelque temps après la reconnaissance d'utilité publique.

Surtout, une telle solution est source d'insécurité du côté des héritiers. D'abord, si l'offre n'est pas caduque, ces derniers peuvent toujours la révoquer tout en s'exposant au paiement de dommages et intérêts. Ensuite, en cas de caducité de l'offre, si les héritiers venaient à respecter les volontés de leur auteur, ils seraient considérés comme les véritables fondateurs avec toutes les conséquences successorales que cela comprend¹²⁴⁸.

¹²⁴⁴En ce sens, V. H. SOULEAU, *L'acte de fondation en droit français*, thèse de doctorat en droit, Paris : Université de Paris, 1969, n° 215, p. 369 et s.

¹²⁴⁵V. Soc., 14 avril 1961, *Bull. civ.* IV, n° 441 ; *RTD civ.* 1962, p. 349 obs. G. CORNU ; Civ. 3^e, 10 mai 1989, n° 87-18.130, *Bull. civ.* III, n° 109 ; *RTD civ.* 1990, p. 69, obs. J. MESTRE.

¹²⁴⁶V. Civ. 3^e, 10 décembre 1997, n° 95-16.461, *Bull. civ.* III, n° 223 ; *Defrénois* 1998, p. 336, obs. D. MAZEAUD ; Civ. 1^{re}, 25 juin 2014, n° 13-16.529, *Bull. civ.* I, n° 117 (*a contrario*) ; *JCP G* 2014, 960, note J. ANTIPPAS ; *RDC* 2014, p. 601, note Y.-M. LAITHIER ; *Contrats, conc. consom.* 2014, comm. 211, note L. LEVENEUR ; *RDC* 2015, p. 33, note R. LIBCHABER ; *Defrénois* 2014, p. 1019, note J.-B. SEUBE ; *D.* 2014, p. 1574, note A. TADROS.

¹²⁴⁷V. Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 471, p. 242 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, 16e éd., Paris : Sirey, 2014, coll. « Sirey Université. Série Droit privé », n° 145, p. 135.

¹²⁴⁸Les biens constituants la dotation ne seraient plus comptabilisés dans la succession du *de cuius*, mais dans celles de ses ayants droit ayant consenti à l'acte de dotation.

L'offre de donation pour expliquer la fondation entre vifs est source d'insécurité juridique. Il est peu opportun qu'une fondation-personne morale nouvellement créée soit une coquille vide. Le législateur l'a récemment rappelé en matière de fonds de dotation¹²⁴⁹. L'engagement unilatéral de volonté permet, au contraire, de sécuriser l'institution.

B. Le recours à l'engagement unilatéral de volonté

205. Un engagement d'apporter la dotation. Il a été montré que la constitution d'une fondation entre vif se décompose en trois temps : un acte de dotation, la création du groupement et le transfert de la dotation à ce dernier¹²⁵⁰. S'intéressant à la nature de l'acte de dotation, un auteur l'a défini comme étant celui « par lequel le fondateur manifeste sa volonté de transférer ses biens (ou une partie de ses biens) à la personne morale dont il demande la création »¹²⁵¹. La dotation résulte d'un acte de volonté, d'une déclaration de volonté¹²⁵². Plutôt que d'y découvrir une offre de donation, il y a tout lieu d'y voir un acte juridique unilatéral. L'idée est ancienne¹²⁵³, bien qu'elle ne fût jamais admise. En réalité, c'est la réticence de la doctrine classique face à l'admission de l'acte juridique par lequel la volonté pourrait s'engager seule qui commandait la solution contraire¹²⁵⁴. Une fois cet obstacle dépassé, rien ne s'oppose à la réception de celui-ci¹²⁵⁵.

206. L'apport du droit positif. L'acte de dotation n'est pas sans rappeler d'autres institutions de droit positif qu'il est de plus en plus courant d'analyser sous l'angle de

¹²⁴⁹V. *supra*, n° 85.

¹²⁵⁰V. *supra*, n° 91.

¹²⁵¹V. H. SOULEAU, *L'acte de fondation en droit français*, thèse de doctorat en droit, Paris : Université de Paris, 1969, n° 373, p. 245.

¹²⁵²V. R. CASSIN, *op. cit.*, p. 69 et p. 70.

¹²⁵³V. P. de FONT-RÉAULX, art. précité, spéc. p. 65 ; R. CASSIN, *op. cit.*, p. 322.

¹²⁵⁴Pour s'en convaincre, il suffit de lire la thèse de SOULEAU. Les critiques de l'auteur contre le recours à l'engagement unilatéral de volonté ne sont pas propres aux fondations, mais renvoient plus généralement aux critiques classiques adressées à cette notion par la doctrine traditionnelle. V. H. SOULEAU, *op. cit.*, n°s 222 et s., p. 385 et s.

¹²⁵⁵Dans le même sens, V. V. GUEDJ, *op. cit.*, n°s 544 et s., p. 317 et s. Sur le dépassement de cet obstacle, V. *supra*, n°s 57. et s. À cet égard, il est possible de relever que les récentes solutions développées en matière d'offre sont parfois analysées sous le prisme de l'engagement unilatéral de volonté (V. A. SÉRIAUX, *Droit des obligations*, 2e éd., Paris : PUF, 1998, coll. « Droit fondamental. Droit civil », n° 11, p. 40 ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, vol. 1, *Contrat et engagement unilatéral*, 3e éd., Paris : PUF, 2012, coll. « Thémis Droit », p. 268 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *op. cit.*, n° 501, p. 512 ; Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET et M. MEKKI, *Droit des obligations*, 13e éd., Paris : LexisNexis, 2014, coll. « Manuels », n° 58, p. 43 ; C. GRIMALDI, *Quasi-engagement et engagement en droit privé : recherche sur les sources des obligations*, préf. Y. LEQUETTE, Paris : Defrénois, 2007, coll. « Doctorat & Notariat », t. 23, n° 727 et s., p. 322 et s. *Contra* D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, Aix-en-Provence : PUAM, 2001, coll. « Institut droit des affaires », n° 872, p. 678 (maintien de l'offre) ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 119, p. 143 (non-caducité de l'offre).

l'engagement unilatéral de volonté. D'abord, la fondation fondée par une seule personne est fort proche de la constitution d'une société unipersonnelle dans laquelle l'associé unique « s'oblige à réaliser l'apport des biens affectés, selon sa propre volonté »¹²⁵⁶. Ensuite, lorsque la fondation est constituée par plusieurs personnes, notamment lorsqu'elle fait suite à une souscription publique, elle rappelle l'hypothèse de la souscription d'actions d'une société en formation par laquelle le souscripteur s'engage « à faire partie d'une société par actions en apportant une somme ou un bien en nature, d'un montant égal au nominal de ses titres »¹²⁵⁷. Chaque fois, la constitution du nouveau groupement est soumise à une modalité : l'immatriculation de la société unipersonnelle ; la souscription de toutes les actions de la société en formation¹²⁵⁸. Or, une partie importante de la doctrine analyse ces deux opérations à l'aune de l'engagement unilatéral de volonté¹²⁵⁹. L'engagement unilatéral de volonté peut donc ériger en modalité une condition essentielle à son existence¹²⁶⁰, là où le droit commun n'autorise que des modalités ayant un caractère accidentel¹²⁶¹. Tel est bien le cas en matière d'acte de fondation qu'il soit conditionné à une autorisation des pouvoirs publics – comme la reconnaissance d'utilité publique – ou à de simples formalités de publicité – fonds de dotation. Il n'en demeure pas moins que le fondateur s'engage à apporter au groupement à créer la dotation promise. Il y a tout lieu d'y voir un engagement unilatéral de volonté.

207. Une consécration implicite par l'ancien droit des fondations d'entreprise. L'ancien droit des fondations d'entreprise conforte une telle analyse. En la matière, un décret prévoit que les fondateurs doivent joindre à la demande d'autorisation adressée à l'autorité préfectorale « l'acte par lequel le ou les fondateurs s'engagent à apporter les éléments constitutifs de la dotation »¹²⁶². S'il est regrettable que le décret n'ait pas été modifié à la suite de la suppression de la nécessité d'une dotation initiale en matière de fondation d'entreprise¹²⁶³, il en ressort que sous l'empire du droit antérieur l'acte de fondation

¹²⁵⁶V. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *op. cit.*, n° 501, p. 513.

¹²⁵⁷V. G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit des affaires*, t. 2, *Les sociétés commerciales*, par M. GERMAIN, V. MAGNIER, 21^e éd., Paris : LGDJ-Lextenso éd., 2014, n° 1942, p. 310.

¹²⁵⁸C. com, art. L. 225-3, al. 1^{er}. V. *ibidem*, n°s 1956 et s., p. 315 et s.

¹²⁵⁹S'agissant de la souscription d'actions, V. B. STACK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil*, t. 2, *Les obligations*, vol. 1, *Contrat*, 6e éd., Paris : Litec, 1998, n° 87 et 88, p. 30 ; C. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 619, p. 267 ; G. RIPERT et R. ROBLOT, *op. cit.*, n° 1952, p. 314 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *op. cit.*, n° 501, p. 413 ; Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET et M. MEKKI, *op. cit.*, n° 58, p. 43 ; M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 727. S'agissant de la société unipersonnelle, V. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *op. cit.*, n° 501, p. 413 ; M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 727.

¹²⁶⁰Dans le même sens, V. V. GUEDJ, *op. cit.*, n° 555, p. 323. *Contra* H. SOULEAU, *op. cit.*, n° 229, p. 394, qui a recours à cet argument pour rejeter l'engagement unilatéral de volonté comme support de l'acte de fondation.

¹²⁶¹V. J.-J. TAISNE, *J.-Cl. civil code*, art. 1168 à 1174, fasc. unique : « Contrats et obligations – Obligations conditionnelles – Caractères de la condition », n° 65.

¹²⁶²D. n° 91-1005 du 30 septembre 1991 art. 2, al. 2.

¹²⁶³V. *supra*, n° 86.

nécessitait un acte juridique par lequel le fondateur s'engage à apporter. De surcroît, pour s'assurer du respect de celui-ci, il était imposé la consignation entre les mains d'un tiers de la dotation jusqu'à ce que la fondation d'entreprise jouisse de la capacité juridique¹²⁶⁴. Un tel engagement ferme et définitif ne saurait se réduire à une simple offre. Il s'agissait d'un engagement unilatéral de volonté. Chacun des fondateurs s'engageait unilatéralement à affecter les biens visés à un but déterminé et à les apporter à la fondation à créer¹²⁶⁵.

208. Engagement unilatéral de volonté et acte de fondation entre vifs. Finalement, tout milite pour la reconnaissance de l'engagement unilatéral de volonté comme support d'un acte de fondation entre vifs. Ce dernier en épouse parfaitement les contours. Reste qu'il a été montré que l'efficacité de l'engagement unilatéral de volonté était soumise à deux séries de conditions¹²⁶⁶. D'abord, une double condition de nécessité et de subsidiarité. Pour retenir l'existence d'un engagement unilatéral de volonté, il convient d'être en présence d'un intérêt social suffisant et de ne pouvoir rattacher l'institution en cause à une autre qualification connue. Tel est bien le cas ici. L'offre de donation est insusceptible de sécuriser l'institution. Nul ne contestera l'existence d'un intérêt social suffisant pour justifier l'efficacité d'un acte de fonder un groupement à but non lucratif poursuivant une œuvre d'intérêt général¹²⁶⁷. Ce faisant, le recours à l'engagement unilatéral de volonté empêche toute révocation unilatérale de la part du fondateur et est indifférent au décès du déclarant. Ensuite, il est nécessaire de s'assurer de la volonté de ce dernier de s'engager de manière irrévocable. Le maintien du formalisme *ad validitatem*, propre au droit des libéralités, en matière d'acte de fonder réalisé par une personne physique devrait être un gage suffisant pour apprécier la réalité du consentement¹²⁶⁸.

Ainsi, par sa décision d'affecter des biens à une cause d'intérêt général, le fondateur prend unilatéralement l'engagement de procéder à l'apport de la dotation une fois l'organisme créé. Un tel engagement est nécessairement soumis à une modalité tenant à la création de la personne morale. À défaut, l'engagement sera caduc¹²⁶⁹. Il n'en demeure pas moins que l'acte est irrévocable. Reposant sur un engagement unilatéral de volonté, c'est-à-dire sur un acte neutre par nature, l'acte de fondation constitue une *donation indirecte*¹²⁷⁰ alors même que

¹²⁶⁴D. n° 91-1005 du 30 septembre 1991, art. 5.

¹²⁶⁵Il existerait « autant d'actes de dotation (et d'écrits qui les constatent) que de fondateurs » (V. V. GUEDJ, *op. cit.*, n° 225, p. 175).

¹²⁶⁶V. *supra*, n° 64.

¹²⁶⁷Adde V. GUEDJ, *op. cit.*, n° 551, p. 321.

¹²⁶⁸V. *infra*, n° 342.

¹²⁶⁹Adde V. GUEDJ, *op. cit.*, n° 555, p. 323.

¹²⁷⁰Sur le lien entre l'engagement unilatéral de volonté et la donation indirecte, V. *supra*, n° 67.

l'acte n'a pas encore été accepté par son bénéficiaire¹²⁷¹. Simplement, l'acceptation permet son efficacité, c'est-à-dire le transfert de propriété. En d'autres termes, l'acte de fonder demeure, en lui-même, translatif de propriété sans qu'il soit besoin d'un nouvel acte¹²⁷². L'apport à la fondation de la dotation réalise l'exécution de l'engagement, à savoir la délivrance de la chose¹²⁷³. Si le fondateur, voire ses ayants droit, venait à ne pas s'exécuter, la fondation pourra agir en exécution forcée¹²⁷⁴.

L'acte de fondation entre vifs tendant à créer un nouveau groupement n'est pas le seul à entrer dans le giron de l'engagement unilatéral de volonté : l'engagement sur un programme d'action pluriannuel doit recevoir la même qualification.

§2. L'engagement sur un programme d'action pluriannuel

209. Un engagement unilatéral de réaliser des versements. En vertu d'un programme d'action pluriannuel, les fondateurs de certaines fondations-personnes morales sont tenus de s'engager à lui verser, pendant une période définie et à intervalles réguliers, une somme déterminée afin de lui permettre de réaliser son œuvre et de fonctionner¹²⁷⁵. À l'heure actuelle, seules les fondations d'entreprise connaissent de tels engagements, qui leur sont indispensables dans la mesure où elles constituent des fondations de flux¹²⁷⁶. Les fondateurs doivent s'engager à effectuer ces versements tant lors de la création de la fondation d'entreprise qu'au moment de sa prorogation. Il s'agit de véritables engagements au sens juridique du terme. Le législateur s'assure de leur exécution par l'obligation faite aux fondateurs de les garantir par une caution bancaire¹²⁷⁷. En pratique, l'Administration conditionne l'autorisation de créer ou de proroger une fondation d'entreprise à l'existence

¹²⁷¹Sur cette possibilité, V. A. PONSARD, *Les donations indirectes en droit civil français*, Paris : Sirey, 1946, p. 215 et s.

¹²⁷²*Contra* V. GUEDJ, *op. cit.*, n° 555, p. 323.

¹²⁷³En cela, l'acte de fondation entre vifs s'éloigne de la conception allemande, qui distingue l'acte de fondation contenant la déclaration d'affectation et l'acte emportant transfert de propriété (V. G. LARDEUX, R. LEGAIS, M. PÉDAMON, et al., *Code civil allemand : traduction en français du texte en vigueur du 31 octobre 2009*, Paris, Dalloz ; Chasseneuil, Juriscope, 2010, coll. « La lettre des lois »). Selon l'article §81 du BGB : « L'acte de fondation entre vifs requiert la forme écrite. Il doit contenir la déclaration du fondateur liant son auteur selon laquelle il affecte son patrimoine au but indiqué par lui. » Quant à l'article §82, il dispose que : « Le fondateur est tenu de transférer à la fondation le patrimoine promis dans l'acte de fondation. » Comp. M. BUCHBERGER, *Le contrat d'apport : essai sur la relation entre la société et son associé*, préf. M. GERMAIN, Paris : Éd. Panthéon-Assas : diff. LGDJ, 2011, coll. « Thèses », n° 582, p. 475 (sur la distinction, en matière de sociétés, du contrat d'apport et du contrat de société).

¹²⁷⁴Sur cette sanction, V. *infra*, n°s 452. et s.

¹²⁷⁵V. *supra*, n° 124.

¹²⁷⁶V. *supra*, n° 86.

¹²⁷⁷L. n° 87-571 du 23 juillet 1987, art. 19-7.

d'un acte sous seing privé par lequel les fondateurs s'engagent irrévocablement à verser les sommes prévues dans les statuts de la fondation¹²⁷⁸.

Force est de constater, que les fondateurs s'engagent unilatéralement et irrévocablement au profit d'une fondation, à constituer ou déjà constituée, sans que l'efficacité de l'acte ne soit soumise à son acceptation¹²⁷⁹. Là encore, l'engagement sur un programme pluriannuel est enfermé dans un engagement unilatéral de volonté. À l'instar de l'acte de fondation, leur admission ne saurait poser de difficulté : la volonté des fondateurs de s'engager est certaine ; il existe bel et bien un intérêt social suffisant à retenir l'existence de tels actes juridiques unilatéraux.

L'engagement unilatéral de volonté permet encore d'expliquer la solution retenue par la Cour de cassation en matière de promesse de souscription.

§3. La promesse de souscription

210. Une technique délicate. Les libéralités à caractère collectif peuvent être sollicitées par des appels publics à la générosité¹²⁸⁰. De telles sollicitations n'aboutissent pas toujours à un don manuel¹²⁸¹, mais conduisent à de simples engagements qui, parfois, ne sont pas suivis d'effets. La doctrine s'est intéressée à cette question en matière de souscription publique lorsque le versement n'est pas concomitant à la souscription et qu'elle est organisée au bénéfice d'un tiers. Elle est plus théorique que pratique. Comme le relève un auteur, il est rare que l'organisateur réclame au souscripteur défaillant l'exécution de la souscription¹²⁸². Pourtant, soucieuse d'attacher une véritable force obligatoire à celle-ci, les auteurs ont refusé d'y voir une simple promesse de don manuel¹²⁸³, que l'on sait nulle¹²⁸⁴, pour y découvrir un véritable engagement sans s'accorder sur la nature de celui-ci. Si plusieurs auteurs ont

¹²⁷⁸Pratique suivie par la Préfet de Paris alors que le règlement impose uniquement que « le projet de statuts de la fondation d'entreprise », joint à la demande d'autorisation préfectorale, comporte « l'indication des sommes que les fondateurs s'engagent à verser et qui correspondent au programme d'action pluriannuel » (D. n° 91-1005 du 30 septembre 1991, art. 2 et 3). La récente loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 (art. 81) est venue simplifier la procédure de prorogation : une procédure de simple déclaration à l'autorité de tutelle s'est substituée à une procédure d'autorisation préalable (L. n° 87-571 du 23 juillet 1987, art. 19-2). Cette déclaration est assortie du nouveau programme pluriannuel et d'une caution bancaire.

¹²⁷⁹Un auteur préfère y voir une offre de donation (V. V. GUEDJ, *op. cit.*, n° 353, p. 231).

¹²⁸⁰V. *supra*, n°s 111. et s.

¹²⁸¹V. *supra*, n° 117.

¹²⁸²V. G. RIPERT, *op. cit.*, p. 141.

¹²⁸³Comp. J.-C. GALLOUX, « Les donateurs, le Téléthon, l'éthique et le droit : le retour du paternalisme (bio)médicale », *D.* 2007, p. 515 et s., qui parlent des « promesses de dons » consécutives au Téléthon.

¹²⁸⁴Req., 23 juin 1947, *D.* 1947, p. 463 ; *S.* 1947, 1, p. 154, note P. BARBY. *Adde* G. PACILLY, *op. cit.*, n° 8, p. 22.

proposé d'y voir un contrat spécial *sui generis*¹²⁸⁵, validé par la coutume¹²⁸⁶, la majorité de la doctrine retient désormais l'existence d'une simple donation indirecte¹²⁸⁷, résultant, selon certains auteurs¹²⁸⁸, d'une stipulation pour autrui. La jurisprudence se prononcerait en ce sens puisque dans un arrêt du 5 février 2013, la Cour de cassation a décidé que « la souscription, par sa nature, n'est pas soumise aux formalités prescrites par l'article 931 du Code civil pour les actes portant donation entre vifs »¹²⁸⁹. Cette formulation traduirait une reconnaissance implicite d'une donation indirecte¹²⁹⁰.

Le recours à la stipulation pour autrui a pu être critiqué, en ce qu'elle est toujours accessoire à un contrat principal¹²⁹¹. Or, la souscription constitue le contrat principal¹²⁹². En outre, avec un tel fondement, le résultat obtenu est paradoxal : la même promesse de donation serait valable lorsque la souscription profite à un tiers sur le fondement de la stipulation pour autrui, mais nulle lorsqu'elle profite à l'organisateur, la promesse s'analysant alors comme une promesse de don manuel¹²⁹³. Afin de consolider la promesse de souscription en toute hypothèse, il conviendrait d'avoir recours à l'engagement unilatéral de volonté à l'instar de la souscription d'actions¹²⁹⁴. Un auteur a, depuis longtemps mis en évidence, le but social de ce type de libéralité¹²⁹⁵. L'existence d'un engagement unilatéral de volonté repose alors sur un intérêt social suffisant¹²⁹⁶. Cet engagement pourrait être formalisé dans un instrument unique¹²⁹⁷ : un bulletin de souscription¹²⁹⁸. Dans ce cas, la promesse de souscription peut constituer, sans difficulté, une donation indirecte¹²⁹⁹. Lorsque la souscription profite à un tiers, elle réalise, par ailleurs, une fiducie aux fins de libéralités¹³⁰⁰.

¹²⁸⁵V. H. et L. MAZEAUD, obs. ss T. civ. de Saint-Étienne, 8 juillet 1957 *RTD civ.* 1958, p. 71 et s. Comp. J. HARDOIN, *Les apports aux associations de la loi du 1^{er} juillet 1901*, Paris : Dalloz, 1933, n° 65, p. 106 ; M. ROUAST, *op. cit.*, p. 43.

¹²⁸⁶V. M. PLANIOL et G. RIPERT, *op. cit.*, n° 418, p. 540.

¹²⁸⁷V. G. RIPERT, *op. cit.*, p. 142 ; R. NERSON, art. précité ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 4, *Successions, Libéralités*, 5^e éd. par L. LEVENEUR et S. MAZEAUD-LEVENEUR, Paris : Montchrestien, 1999, n° 1475, p. 662.

¹²⁸⁸V. A. PONSARD, *Les donations indirectes en droit civil français*, Paris : Sirey, 1946, p. 177 ; I. NAJJAR, *Rép. civil dalloz*, v° *Donation*, n° 416 ; G. THOMAS-DEBENEST, *J.-Cl. civil code*, art. 913, fasc. 20 : « Donations et testaments – Donations entre vifs – Forme. Absence d'acte authentique », n° 199.

¹²⁸⁹Civ., 5 février 1923, *D.* 1923, 1, p. 20.

¹²⁹⁰V. M. PLANIOL et G. RIPERT, *op. cit.*, n° 418, p. 541.

¹²⁹¹Sur ce caractère, V. C. LARROUMET et D. MONDOLINI, *Rép. civil dalloz*, v° *Stipulation pour autrui*, n°s 31 et s. ; M. MIGNOT, *J.-Cl. civil code*, art. 1121 et 1122, fasc. unique : « Contrats et obligations – Stipulation pour autrui », n°s 16 et s.

¹²⁹²V. A. PONSARD, *op. cit.*, p. 177 ; R. NERSON, art. précité ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *op. cit.*, n° 418, p. 540.

¹²⁹³Comp. M. GRIMALDI, *op. cit.*, note n° 371, ss n° 1333, p. 254.

¹²⁹⁴V. *supra*, n° 206.

¹²⁹⁵V. A. PONSARD, *op. cit.*, p. 98.

¹²⁹⁶V. *supra*, n° 65.

¹²⁹⁷Sur la question de la nécessité d'un acte instrumentaire, V. *ibidem*, n° 1330, p. 252.

¹²⁹⁸V. *infra*, n° 346.

¹²⁹⁹L'engagement unilatéral de volonté constitue un acte neutre susceptible de réaliser une donation indirecte (V. *supra*, n° 67.).

¹³⁰⁰V. *infra*, n° 222.

211. Conclusion de la Section. Chaque fois que la fondation personnifiée est réalisée entre vifs, les différents actes juridiques qui en sont à l'origine puisent leur source dans un engagement unilatéral de volonté. Il est assez aisé de le reconnaître. En outre, seul l'engagement unilatéral de volonté permet d'expliquer les solutions retenues en matière de promesses de souscription.

L'engagement unilatéral de volonté n'est pas la seule institution originale retenue en matière de libéralités à caractère collectif : la fiducie aux fins de libéralité y joue un rôle important.

Section II. La réception de la fiducie aux fins de libéralités

212. Une qualification duale. En matière de libéralités à caractère collectif, il est courant d'avoir recours au mécanisme de la libéralité avec charge pour qualifier tant les fondations que les libéralités-participation. Dans la mesure où il a été montré que toutes les libéralités à caractère collectif sont affectées, il paraît logique d'en déduire que les libéralités à caractère collectif sont des libéralités *sub modo*. Pourtant, une telle qualification est depuis longtemps critiquée par la doctrine qui l'abandonne bien volontiers, au gré des circonstances, au profit de la fiducie aux fins de libéralité. En dépit de l'interdiction de principe de celle-ci par l'article 2013 du Code civil, il a été montré que le droit français admettait largement les fiducies-libéralités innommées¹³⁰¹. Elles sont nombreuses en matière de libéralités à caractère collectif. Finalement, ces libéralités reposent sur une qualification dualiste : certaines sont de véritables libéralités avec charge tandis que d'autres mettent en œuvre un mécanisme fiduciaire. Des auteurs vont jusqu'à retenir que toutes les libéralités à caractère collectif reposent sur la fiducie-libéralité. Une telle affirmation peut être critiquée : une qualification unitaire doit être rejetée (§1) au profit d'une qualification dualiste (§2).

§1. Le rejet d'une qualification unitaire

La théorie selon laquelle toutes les libéralités à caractère collectif constituent des fiducies aux fins de libéralité doit être présentée (A) afin d'être critiquée (B).

¹³⁰¹V. *supra*, n° 69.

A. Présentation de la théorie

213. La collectivité bénéficiaire plutôt que le groupement. L'idée selon laquelle les libéralités à caractère collectif reposent sur la fiducie aux fins de libéralité n'est pas nouvelle. Elle a d'abord été soutenue en matière de fondation¹³⁰² avec laquelle la fiducie entretiendrait des liens étroits¹³⁰³. Une telle position n'est pas non plus sans rappeler celle défendue par un auteur en matière d'apport à une association¹³⁰⁴, qui serait « en quelque sorte une application méconnue de la fiducie-gestion »¹³⁰⁵. Il s'en déduit que « la propriété du bien serait transférée afin que [l'association] gère conformément à ses buts, à charge pour elle de le restituer en nature ou en valeur au terme de cette gestion, à l'apporteur ou à une autre association poursuivant les mêmes buts »¹³⁰⁶. Dans la mesure où la gestion doit profiter aux bénéficiaires de l'œuvre, la fiducie-gestion a pour finalité de réaliser une libéralité¹³⁰⁷. Finalement, l'apport à une association et la dotation d'une fondation répondraient à une qualification unique.

Dans cette lignée, plusieurs auteurs se sont interrogés sur la question de savoir si toutes les libéralités adressées à des personnes morales ne doivent pas reposer sur ce mécanisme¹³⁰⁸. Une telle approche a récemment été systématisée¹³⁰⁹. Fort du constat que la libéralité à caractère collectif est une libéralité affectée, il a été soutenu qu'elle repose sur une fiducie aux fins de libéralité. L'organisme sans but lucratif ne serait qu'un simple intermédiaire. La critique adressée à la qualification de libéralité avec charge repose sur l'idée suivante : le gratifié ne bénéficierait pas réellement des biens transmis dans la mesure où leur richesse est

¹³⁰²Spécifiquement en matière de fondation avec recours à une personne morale préexistante, V. F. BARRIÈRE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, préf. M. GRIMALDI, Paris : Litec, 2004, coll. « Bibliothèque de droit de l'entreprise », n° 523, p. 410 ; et de fondations abritées, V. R. CRÔNE, « La constitution des fondations reconnues d'utilité publique », *LPA* 1996, n° 50, p. 81 et s., n° 22.

¹³⁰³V. R. SAVATIER, « La fiducie en droit français », in *Travaux de la Semaine internationale de droit*, t. 5, *La fiducie en droit moderne*, Paris : Sirey, 1937, p. 57 et s., spéc. p. 58.

¹³⁰⁴Pour un écho en doctrine, V. R. BRICHET, *Associations et syndicats, régime fiscal et social*, 6^e éd., Paris : Litec, 1992, n° 448, p. 172 ; M. GRIMALDI, « Synthèse de Notariat et libéralités », *LPA* 1995, n° 55, p. 21 et s., n° 8.

¹³⁰⁵V. M. BÉHAR-TOUCHAIS, obs. ss Civ. 1^{re}, 1er mars 1988, *JCP G* 1989, II 21373. Déjà, un auteur avait eu recours au mécanisme de la fiducie pour expliquer l'apport, mais il ne s'intéressait alors qu'aux apports aux groupements dépourvus de personnalité morale (V. C. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, préf. D. SCHMIDT, Paris : Economica, 1981, n°s 141 et s., p. 130 et s.). L'auteur estime alors que cette institution conduit à des résultats plus satisfaisants que l'indivision conventionnelle.

¹³⁰⁶V. *ibidem*. Il est possible de relever dès ce stade que l'apport doit se retrouver en nature pour être restitué. Il n'existe pas de reprise en valeur. La subrogation réelle ne joue pas (V. *supra*, n° 131.).

¹³⁰⁷Un auteur estime que cette qualification permet d'exclure le titre gratuit (V. M. BÉHAR-TOUCHAIS, art. précité). Même en distinguant selon que l'apporteur est lui-même bénéficiaire de l'action de l'association ou non, il est indéniable que l'action profite également à d'autres. Dans tous les cas, la fiducie-gestion se dédouble d'une fiducie-libéralité. L'acte ne peut être que gratuit. Dans le même sens, V. P. POTENTIER, « L'apport aux associations », *JCP N* 1997, I 831, n° 26.

¹³⁰⁸V. C. LARROUMET, « La fiducie inspirée du trust », *D.* 1990, p. 119 et s., note n° 10 ; M. GRIMALDI, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *Deffrénois* 1991, art. 35085 et 35094, n°s 3 et 41. *Adde* Rapp. Sénat 1989-1990, n° 213, p. 17, dans lequel le rapporteur regrette que l'avant-projet de loi relatif à la fiducie n'ait pas été présenté avant l'examen de la loi n° 90-559 du 4 juillet 1990, insistant sur le lien entre fiducie et fondation.

¹³⁰⁹V. C. VERNIÈRES, *Les libéralités à trois personnes*, thèse de doctorat en droit, Paris : Université de Paris II, 2012., n°s 614 et s., p. 510 et s.

affectée aux bénéficiaires de l'activité poursuivie par les groupements. Ainsi, ces derniers ne feraient pas « leur profit personnel des biens dont elles ont la propriété »¹³¹⁰. En d'autres termes, les bénéficiaires finaux de la libéralité seraient les destinataires de l'œuvre poursuivie par le groupement. La « communauté », la « collectivité » serait la réelle bénéficiaire de la libéralité. L'organisme gratifié apparaîtrait « comme un instrument technique aux fins d'exécution des libéralités des disposants [...], [un] intermédiaire[r] sur [lequel] les disposants prennent appui pour réaliser leurs desseins libéraux »¹³¹¹.

214. Un point commun : l'absence de bénéficiaire déterminé et déterminable. Pour l'ensemble de ces auteurs, les bénéficiaires de la fiducie aux fins de libéralité sont les personnes profitant des œuvres des différents groupements, que ce soit la collectivité dans son ensemble¹³¹², ou en son sein des catégories de personnes¹³¹³. Ce faisant, la fiducie-libéralité à caractère collectif profiterait majoritairement à des bénéficiaires indéterminés. En cela, elle constituerait une exception au droit positif qui impose largement que le bénéficiaire d'un acte soit déterminé, voire déterminable à l'instar de l'objet de l'obligation sur le terrain de l'article 1129 du Code civil. Selon la jurisprudence, cette exigence est respectée lorsque les modalités de détermination sont clairement fixées dans l'acte sans qu'il soit besoin de nouvel accord de volonté et sans laisser la détermination à l'arbitraire de l'une des parties¹³¹⁴. En droit positif, l'exigence de détermination du bénéficiaire se déduit, d'abord, de l'article 906 du Code civil. Sur son fondement, le legs adressé à une personne indéterminée est nul¹³¹⁵. Ainsi, le legs avec faculté d'élire, autrement appelé legs par l'entremise d'un tiers ou legs par procuration¹³¹⁶, est condamné¹³¹⁷. Ensuite, en matière de fiducie nommée, l'article 2028 du

¹³¹⁰V. *ibidem*, n° 623, p. 515.

¹³¹¹V. *ibid.*

¹³¹²Au point qu'il peut être complexe de déterminer de véritables bénéficiaires, par exemple en présence d'un groupement de défense de l'environnement ou des animaux. L'action est supposée profiter à tous, sans ne viser personne. Comp. V. GUEDJ, *Essai sur le régime juridique des fondations*, thèse de doctorat, Paris : Université de Paris II, 1999., n° 508, p. 302.

¹³¹³Au contraire, pour un auteur, les bénéficiaires de l'œuvre ne peuvent être considérés juridiquement comme les véritables gratifiés même si c'est exact en fait (V. H. CAPITANT, *De la cause des obligations : contrats, engagements unilatéraux, legs*, 3e éd., Paris : Dalloz, 1927, n° 36, p. 85).

¹³¹⁴V. Com., 10 mars 1987, n° 85-14.121, *Bull. civ. IV*, n° 71 ; Civ. 3^e, 17 juillet 1997, n° 96-11.142, *Bull. civ. III*, n° 172. *Adde* F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil : Les obligations*, 11^e éd., Paris : Dalloz, 2013, coll. « Précis. Droit privé », n° 270, p. 303. *Adde* Projet d'ordonnance portant réforme du droit commun des contrats, du régime des obligations et du droit de la preuve, art. 1162.

¹³¹⁵V. A. SÉRIAUX, *J.-Cl. civil code*, art. 906, fasc. unique : « Donations et testaments – Capacité de disposer ou de recevoir par donation entre vifs ou par testament – Libéralités adressées à des personnes futures ou incertaines », n°s 27 et s.

¹³¹⁶V. M. GRIMALDI, *Droit civil : Libéralités, partages d'ascendants*, Paris : Litec, 2000, n° 1471, p. 355.

¹³¹⁷V. Civ. 12 août 1863, *D.* 1863, 1, p. 356 ; H. CAPITANT, F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 1, *Introduction, personnes, famille, biens, régimes matrimoniaux, successions*, 13^e éd., Paris : Dalloz, 2015, coll. « Grands arrêts », n° 127, p. 676 ; Req., 19 juillet 1939, *RTD civ.* 1939, p. 209, obs. R. SAVATIER ; Req., 14 janvier 1941, *JCP* 1941, II 1699, note P. VOIRIN ; Civ. 1^{re}, 8 novembre 2005, n° 02-21.177, *Bull. civ. I*, n° 343 ; *RLDC* 2006, n° 24, p. 49, obs. F. LEANDRI.

Code civil impose que l'identité des bénéficiaires soit déterminée ou déterminable à peine de nullité. Enfin, la jurisprudence retient du côté de la stipulation pour autrui la même règle, encore qu'il suffit que le bénéficiaire, bien qu'indéterminé au jour de la conclusion du contrat, soit déterminable au jour de sa mise en œuvre¹³¹⁸.

La fiducie libéralité à caractère collectif constituerait alors une exception notable à la nullité pour indétermination du bénéficiaire. Partant, elle se rapprocherait du *trust*, qui s'il impose normalement la détermination des bénéficiaires – *certainty of objects*, admet une exception pour les *charity trust*¹³¹⁹. La communauté tout entière¹³²⁰, voire le public¹³²¹, en serait les bénéficiaires. Les fiducies à but charitable, c'est-à-dire philanthropiques, admettraient la même exception¹³²². En d'autres termes, l'interdiction de l'indétermination du bénéficiaire ne serait pas absolue. Le droit positif est déjà en ce sens : le droit des libéralités a depuis longtemps tempéré la rigueur de l'interdiction des legs avec faculté d'élire¹³²³. La jurisprudence a effectivement admis qu'une charge puisse renfermer une obligation de transmettre les biens reçus à une personne désignée par le légataire¹³²⁴. Si une telle solution a pu être critiquée¹³²⁵, elle n'est pas sans rappeler le sort suivi par le développement des fondations testamentaires¹³²⁶. La libéralité faite aux pauvres n'est qu'une manifestation d'une libéralité avec charge d'élire. La libéralité est en réalité adressée à une personne morale de droit public chargé de redistribuer les biens ou leurs revenus au profit des pauvres qu'elle aura préalablement désignés¹³²⁷.

¹³¹⁸V. Civ., 28 décembre 1927, *D.* 1928, p. 135. *Adde* M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 3, *Régimes matrimoniaux, successions, libéralités*, avec le concours de J. BOULANGER, Paris : LGDJ, 1947, n° 640, p. 222 ; M. PICARD, « Rapport » in *La stipulation pour autrui et ses principales applications*, Journées nationales, Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, 1956, t. 7, p. 190 et s. ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 534, p. 588.

¹³¹⁹V. C. DERGATCHEFF, « Droit comparé en matière de mécanismes fiduciaires : Pays anglo-saxons, Suisse, Luxembourg », *JCP E* 2007, 2060, n° 13.

¹³²⁰V. F. BARRIÈRE, *op. cit.*, n° 522, p. 410.

¹³²¹V. J.-P. BÉRAUDO, « La loi du 19 février 2007 créant une fiducie française », in J.-M. TIRARD (dir.) *Trust & fiducie : concurrents ou compléments*, préf. D. HAYTON, Actes du colloque tenu à Paris les 13 et 14 juin 2007, Genève : Éd. Academy & Finance, 2008, p. 123 et s., p. 123 et s., n° 14.

¹³²²V. F. BARRIÈRE, *op. cit.*, n° 523, p. 412. *Adde* C. LARROUMET, art. précité, note n° 10.

¹³²³La nullité s'explique principalement par le refus de la vacance des biens entre le décès du *de cuius* et la désignation du tiers et non par l'indétermination du bénéficiaire final. Des raisons d'opportunité expliquent également la solution tout comme le fait que le testament soit un acte personnel. Sur les autres justifications, V. M. GRIMALDI, *Droit civil, op. cit.*, n° 1471, p. 355.

¹³²⁴V. Req., 27 juin 1899, *D.* 1899, 1, p. 592 ; H. CAPITANT, F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 128, p. 676 ; Req., 19 juillet 1939, précité ; Req., 14 janvier 1941, précité ; Req., 30 novembre 1964, *Gaz Pal* 1965, 1, p. 84.

¹³²⁵Certains auteurs ont critiqué le caractère purement formaliste de cette distinction entre legs et charge d'élire (V. M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 3, *Régimes matrimoniaux ; successions ; donations et testaments*, 6^e éd., Paris : F. Pichon et Durand-Auzias, 1913, n° 2745, p. 677 ; J. FLOUR, *Cours de droit civil : licence 4^e année*, Paris : Les Cours de droit, 1963, p. 240 ; J. FLOUR et H. SOULEAU, *Droit civil : Les libéralités*, par H. SOULEAU, Paris : Armand Colin, 1982, coll. « U Série Droit privé », n° 213, p. 140 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *op. cit.*, n° 395, p. 361).

¹³²⁶V. *supra*, n° 95.

¹³²⁷V. *supra*, n° 123.

Pour autant, l'admission de la charge d'élire ne s'est pas faite sans limite. Le bénéficiaire final doit être, dans une certaine mesure, défini par la volonté du testateur. En d'autres termes, une telle charge « ne se conçoit que stipulée au bénéfice d'une personne relevant d'une catégorie déterminée »¹³²⁸. La liberté de désignation de l'intermédiaire est encadrée¹³²⁹ : si le bénéficiaire n'est pas déterminé, la catégorie l'est. L'indétermination ne serait alors que « relative »¹³³⁰. La même solution est retenue par la *common law* pour les *charity trust*¹³³¹.

Finalement, l'indétermination des bénéficiaires de la fiducie aux fins de libéralité à caractère collectif ne pose pas de problème dès lors qu'il est admis que le groupement désigné les représente¹³³². Les œuvres poursuivies par l'organisme permettent de tracer en filigrane la catégorie des bénéficiaires de sorte que leur indétermination n'est que relative.

Si cette théorie est séduisante, elle ne paraît pas pouvoir englober l'ensemble des libéralités à caractère collectif.

B. Critiques de la théorie

215. L'absence de charge de transmettre. Si les libéralités à caractère collectif reposent sur la fiducie aux fins de libéralité, c'est que les groupements désignés ne s'enrichiraient pas¹³³³. Or, plusieurs auteurs ont placé la question de la richesse au cœur de la fiducie. La propriété fiduciaire se doublerait entre une propriété-pouvoir, dont serait titulaire le fiduciaire, et une propriété-richesse au profit du bénéficiaire (constituant ou tiers)¹³³⁴. Finalement, seuls les bénéficiaires de l'œuvre se trouveraient enrichis par la libéralité à caractère collectif. De prime abord, une telle théorie semble avoir un caractère trop

¹³²⁸V. M. GRIMALDI, *Droit civil (...), op. cit.*, n° 1471, p. 357. *Adde* J. FLOUR et H. SOULEAU, *op. cit.*, n° 213, p. 140.

¹³²⁹Un article 927 d'un avant-projet de réforme du Code civil proposait de maintenir cette prohibition tout en consacrant la jurisprudence. L'alinéa 2 disposait, en effet, que le testateur pouvait « confier au légataire le soin de désigner le bénéficiaire de la charge dont le legs est grevé, à la condition de préciser la catégorie de personnes qui seront susceptibles d'être désignées ou le mode de désignation ».

¹³³⁰V. M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 5, *Donations et testaments*, avec le concours de A. TRASBOT, Paris : LGDJ, 1933 3, n° 171, p. 175.

¹³³¹V. C. JAUFFRET-SPINOSI, « Trust et fiducie », in *Droit et vie des affaires : études à la mémoire d'Alain Sayag*, Paris : Litec, 1997, coll. « Le droit des affaires », p. 329 et s. ; J.-P. BÉRAUDO, art. précité, n° 14.

¹³³²V. M. GRIMALDI, « La fiducie : réflexions sur l'institution (...) », art. précité, n° 41.

¹³³³V. *supra*, n° 213.

¹³³⁴V. M. GRIMALDI, « La fiducie : réflexions sur l'institution (...) », art. précité, n° 12 et s. *Comp.* G. BLANLUET, *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français*, préf. P. CATALA et M. COZIAN, Paris : LGDJ, 1999, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 313, n° 258, p. 175 (distinguant propriété économique et juridique à propos de la propriété fiduciaire). *Contra* P. CROCQ, *Propriété et garantie*, préf. M. GOBERT, Paris : LGDJ, 1995, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 248, n°s 173 et s., p. 145 et s. *Adde* P. CROCQ, « Propriété fiduciaire, propriété unitaire », in *La fiducie dans tous ses états*, Journées nationales Association Henri Capitant des amis de la culture juridique, Paris : Dalloz, 2011, coll. « Thèmes et commentaires », t. 15, p. 9 et s.

systématique : seules les libéralités affectées directement à la réalisation de l'œuvre peuvent y être rattachées. Au contraire, les libéralités affectées au fonctionnement du groupement enrichissent ce dernier. La thèse de la fiducie pour requalifier les apports aux associations doit, en tout état de cause, être rejetée.

Est-ce à dire que chaque fois que la libéralité est affectée à la réalisation de l'œuvre, cette thèse peut largement prospérer ? Nous ne le pensons pas. Dire que le groupement ne s'enrichit pas revient à dire qu'il agit comme un simple intermédiaire de transmission¹³³⁵. Il s'agit là du point de départ de la démonstration. La fiducie-gestion française, quel que soit son bénéficiaire, a pour finalité la transmission des revenus du bien, puis du bien lui-même à l'issue d'une certaine période, à un bénéficiaire¹³³⁶. La propriété fiduciaire est, par essence, temporaire¹³³⁷. Elle conduit toujours à une double transmission patrimoniale, qui se traduit par deux obligations essentielles : gérer les biens conformément au but déterminé et les transmettre aux bénéficiaires¹³³⁸. En matière de libéralités à caractère collectif, dans bien des cas, l'organisme gratifié n'est tenu d'aucune obligation de transmettre les biens, leur produit ou revenus, aux bénéficiaires de l'œuvre¹³³⁹. Lorsqu'une association paie le salaire d'un médecin afin qu'il vaccine des enfants défavorisés, l'exécution d'une charge de retransmettre ne saurait être découverte. En d'autres termes, affecter n'est pas transmettre.

216. Deux visions de la fiducie opposées. Reste qu'il est possible d'admettre à l'instar de la *common law* que les fiducies charitables fassent exception à ces règles. Le *trust* ne suppose pas, en effet, de double obligation de gérer et transmettre, mais uniquement celle d'utiliser les biens conformément au but défini par le constituant – *settlor*¹³⁴⁰. Si son dénouement conduit généralement à une transmission des biens, elle n'en est pas systématique¹³⁴¹. Cette position a

¹³³⁵V. *supra*, n° 213.

¹³³⁶V. C. WITZ, *op. cit.*, n° 57, p. 56 ; F. ZÉNATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, 3^e éd., Paris : PUF, 2008, coll. « Droit fondamental. Classique », n° 252, p. 404 ; Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les biens*, 6^e éd., Paris : Defrénois-Lextenso éd., 2015, coll. « Droit civil », n° 758, p. 270 ; W. DROSS, *Droit des biens*, 2^e éd., Paris : LGDJ-Lextenso éd., 2014, coll. « Domat. Droit privé », n° 110, p. 100.

¹³³⁷V. R. DEMOGUE, « Rapport général », in *Travaux de la Semaine internationale de droit*, t. 5, *La fiducie en droit moderne*, Paris : Sirey, 1937, p. 1 et s. ; F. ZÉNATI-CASTAING et T. REVET, *op. cit.*, n° 252, p. 405 ; M. GRIMALDI, « Fiducie : réflexions sur l'institution (...) », art. précité, n° 16 ; « La propriété fiduciaire », in *La fiducie dans tous ses états*, Journées nationales, Association Henri Capitant des amis de la culture juridique, Paris : Dalloz, 2011, coll. « Thèmes et commentaires », t. 15, p. 5 et s. ; F. BARRIÈRE, *Rép. civ. dalloz*, v° *Fiducie*, n° 56. *Contra* P. CROCQ, « Propriété fiduciaire, propriété unitaire », art. précité (pour lequel « la propriété fiduciaire n'est pas une propriété temporaire »).

¹³³⁸En ce sens, un auteur estime que « l'obligation de transfert est doublée d'une obligation de services (gérer ou conserver les biens transmis) » (V. C. DERGATCHEFF, art. précité, n° 2).

¹³³⁹Comp. V. GUEDJ, *op. cit.*, n° 508, p. 302.

¹³⁴⁰V. C. DERGATCHEFF, art. précité, n° 1.

¹³⁴¹Ce ne sera pas le cas notamment en matière de *trust* charitables.

été défendue¹³⁴². La fiducie aurait alors deux objets bien distincts, soit une transmission, soit une affectation à des fins d'intérêt général pouvant conduire ou non à une transmission¹³⁴³.

En réalité, une telle position s'insère dans un mouvement plus général qui tend à faire de la fiducie le « réceptacle » du *trust* dans le système juridique français. Or, de nombreux auteurs estiment que la fiducie n'est pas le *trust*¹³⁴⁴. Certains soutiennent ainsi que la fiducie n'est pas « conçue pour permettre les entreprises d'intérêt général »¹³⁴⁵. Une telle affirmation doit être suivie. D'abord, toutes les libéralités à caractère collectif ne sont pas affectées à l'intérêt général et il paraît délicat de distinguer en leur sein celles véritablement charitables des autres. Ensuite, il est difficile de percevoir l'opportunité de telles solutions ainsi que ses conséquences pratiques.

Dès lors, toute qualification unitaire des libéralités à l'aune de la fiducie aux fins de libéralité doit être rejetée. Il n'en demeure pas moins que certaines d'entre elles répondent sans aucun doute à cette catégorie. Les libéralités à caractère collectif reposent sur une qualification duale.

§2. L'admission d'une qualification duale

La qualification de libéralité *sub modo* pour caractériser l'ensemble des libéralités à caractère collectif a été critiquée. Ces critiques sont sérieuses et seront rappelées au fur et à mesure des développements. Pour autant, l'idée que la fiducie-libéralité puisse englober la diversité des libéralités à caractère collectif doit être rejetée. En réalité, une solution médiane doit être retenue : seules certaines des libéralités à caractère collectif procèdent de véritables fiducies aux fins de libéralité. Une telle qualification relève de l'évidence chaque fois que la libéralité

¹³⁴²V. C. VERNIÈRES, *op. cit.*, n° 623, p. 515.

¹³⁴³Selon un auteur, « la fiducie peut être le support d'une libéralité [...] lorsque le fiduciaire est chargé de remettre les biens à un tiers-bénéficiaire ou de les tenir affectés à des fins d'intérêt général » bien qu'il précise que ce rôle, accordé à la fiducie, est limité en Europe occidentale à la différence des pays de *common law* (V. C. WITZ, « La fiducie française face aux épreuves étrangères et à la convention de La Haye relative au *trust* », *D.* 2007, p. 1369 et s.).

¹³⁴⁴En ce sens, un auteur estimait que « toute transposition du *trust* en dehors de la *common law* est impossible à effectuer », tout en admettant que certaines institutions peuvent s'en rapprocher (V. C. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, *op. cit.*, n° 8, p. 6). Sur les différences importantes entre le *trust* et la fiducie française telle qu'elle résulte de la loi n° 2007-211 du 19 février 2007, V. J.-P. BÉRAUDO, art. précité ; C. LARROUMET, art. précité, n° 2 et s ; C. JAUFFRET-SPINOSI, art. précité.

¹³⁴⁵Les auteurs l'affirment à propos de la question de la détermination des bénéficiaires (V. F. ZÉNATI-CASTAING et T. REVET, *op. cit.*, n° 260, p. 415).

est réalisée par l'entremise d'un tiers (A). Elle doit également être admise lorsque la libéralité est adressée à un organisme redistributeur (B).

A. La libéralité par l'entremise d'un tiers

À ce stade, les libéralités graduelles et résiduelles pour lesquelles l'organisme sans but lucratif est « appelé » à succéder en second rang ne seront pas étudiées. Elles n'appellent pas de remarques particulières¹³⁴⁶. La libéralité à caractère collectif par l'entremise d'un tiers vise quatre hypothèses distinctes : la fondation testamentaire indirecte (1), la libéralité intermédiée (2), l'assurance-vie aux fins de placement (3) et les souscriptions publiques au bénéfice d'un tiers (4).

1. La fondation testamentaire indirecte

217. Le rejet de la libéralité avec charge. La fiducie testamentaire indirecte est celle qui est réalisée grâce au recours à un légataire chargé de créer la nouvelle personne morale et de lui transmettre la dotation. Il est traditionnel d'y voir une libéralité avec charge¹³⁴⁷. Le recours à une telle opération a été l'objet de nombreuses critiques¹³⁴⁸. Certains auteurs ont reproché à la personne désignée de n'être qu'un intermédiaire de transmission et non un légataire puisqu'elle ne recevait finalement aucun émolument¹³⁴⁹. Le legs universel serait alors purement apparent¹³⁵⁰. L'argument a été contesté¹³⁵¹ : la caractéristique du legs universel tient à la vocation, même éventuelle, à l'universalité des biens ; peu importe alors l'existence ou non d'un émolument¹³⁵². La caducité d'un legs particulier profite, par exemple, au légataire

¹³⁴⁶Sur celles-ci, V. C. VERNIÈRES, *op. cit.*, n°s 249 et s., p. 229 et s.

¹³⁴⁷V. *supra*, n° 95.

¹³⁴⁸Il a notamment été reproché à l'opération de réaliser une interposition de personne pour gratifier une personne incapable (V. H. LEVY-ULLMAN et P. GRUNEBaum-BALLIN, « Essai sur les fondations par testament », *RTD civ.* 1904, p. 253). Pourtant, la libéralité avec charge ne saurait se confondre avec l'interposition de personne. De surcroît, il a été admis que lorsque l'opération ne contournait pas une incapacité de fond, mais permettait simplement de dépasser un obstacle pratique, le mécanisme devait être validé (V. *Supra*, n° 187.). *Adde* J. FLOUR et H. SOULEAU, *op. cit.*, n° 382, p. 252 ; H., L., et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 4, *Successions, Libéralités*, 5^e éd. par L. LEVENEUR et S. MAZEAUD-LEVENEUR, Paris : Montchrestien, 1999, n° 1421, p. 611 ; M. GRIMALDI, *Droit civil (...)*, *op. cit.*, n° 1117, p. 100.

¹³⁴⁹V. H. LEVY-ULLMAN et P. GRUNEBaum-BALLIN, art. précité ; S. GODECHOT, *L'articulation du trust et du droit des successions*, préf. Y. LEQUETTE, Paris : Éd. Panthéon-Assas, 2004, coll. « Thèses », n° 269, p. 258.

¹³⁵⁰V. J. FLOUR et H. SOULEAU, *op. cit.*, n° 382, p. 251.

¹³⁵¹V. J. FLOUR et H. SOULEAU, *op. cit.*, n° 382, p. 252 ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, n° 1421, p. 611 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Droit civil : Les successions, les libéralités*, 4^e éd., Paris : Dalloz, 2014, coll. « Précis. Droit privé », n° 679, p. 597. La jurisprudence est également en ce sens, V. Civ., 25 juillet 1886, *S.* 1890, 1, p. 241 ; CA Paris, 1^{er} mars 1990, précité. Pour une étude des décisions de justice, V. R. CASSIN, *Droit civil approfondi et comparé : les libéralités avec charge et les fondations*, Paris : les Cours de droit, 1939, p. 156. et s.

¹³⁵²V. M. GRIMALDI, *Droit civil (...)*, *op. cit.*, n° 1455, p. 343.

universel¹³⁵³. Ce faisant, en matière de fondation indirecte, en cas d'impossibilité de réaliser la charge, notamment en cas de refus de la reconnaissance d'utilité publique, le légataire pourrait bénéficier d'un émolument.

Pourtant, à s'y arrêter de plus près une telle solution n'est guère convaincante. Il semble délicat de défendre la vocation universelle du légataire pour trois séries de raisons. D'abord, l'élément intentionnel de la libéralité fait défaut : le testateur n'est pas animé d'une intention libérale à l'égard du légataire ; il ne souhaite pas en faire son véritable gratifié¹³⁵⁴. Un tel constat atteint son paroxysme lorsque le testateur n'a pas directement eu recours à une fondation indirecte, mais que la jurisprudence, à force d'interprétation, en a décelé une¹³⁵⁵. Aucune vocation ne peut être reconnue à l'intermédiaire découvert. Ensuite, il apparaît que les auteurs ne raisonnent qu'à partir de l'hypothèse du legs universel, voire du legs à titre universel. Or, rien n'interdit à un testateur d'affecter seulement une partie de son patrimoine, voire des biens déterminés à une cause spécifique. La fondation indirecte pourrait bien procéder d'un legs à titre particulier. Dans cette hypothèse, le légataire n'a jamais vocation à l'universalité. Pourtant, une qualification unitaire de l'institution doit être adoptée. Enfin, le régime de la libéralité *sub modo* s'y oppose. Du côté du légataire, la charge de fonder constitue incontestablement la cause impulsive et déterminante ayant conduit le testateur à se dépouiller en sa « faveur ». L'inexécution de celle-ci, fut-elle non fautive, entraîne la révocation du legs pour inexécution des charges¹³⁵⁶. Finalement, l'hypothèse dans laquelle l'intermédiaire reçoit une partie de la succession apparaît difficilement. De la même manière, si la personne morale créée vient à ne pas respecter l'affectation des biens reçus, les bénéficiaires de l'action en révocation doivent être les héritiers et non le légataire.

218. Le recours à la fiducie-libéralité. Il en résulte que le légataire n'a jamais vocation au tout : l'acte ne peut l'enrichir. En réalité la personne choisie n'est qu'un « pur intermédiaire de transmission »¹³⁵⁷. À ce titre, plusieurs auteurs ont proposé de recourir à la fiducie aux fins de libéralité par préférence à la libéralité avec charge¹³⁵⁸. Une telle qualification est, en effet,

¹³⁵³V. *ibidem*.

¹³⁵⁴Pas plus il ne souhaite qu'il bénéficie de l'éventuelle impossibilité de la charge.

¹³⁵⁵Sur cette jurisprudence, V. *supra*, n° 95.

¹³⁵⁶Pour la doctrine, une telle possibilité reconnue aux héritiers caractérise l'inconvénient même de ce type de fondation puisque ces derniers peuvent préférer, face à un légataire inactif, agir en révocation plutôt qu'en exécution de la charge de sorte que les volontés du testateur risquent de ne pas être respectées (V. J. FLOUR et H. SOULEAU, *op. cit.*, n° 385, p. 253 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *op. cit.*, n° 679, p. 597). Sur cette action, V. *infra*, n°s 437. et s.

¹³⁵⁷Selon une expression empruntée à M. GRIMALDI, (V. *Droit civil (...)*, *op. cit.*, n° 1199, p. 138).

¹³⁵⁸V. R. SAVATIER, art. précité, spéc. p. 62 ; C. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, *op. cit.*, n° 90, p. 81 et n° 93, p. 84 ; J. FLOUR et H. SOULEAU, *op. cit.*, n° 381, p. 251 ; A. SÉRIAUX, *Les successions, Les libéralités*, 2^e éd., Paris : PUF, 1993, coll. « Droit fondamental. Droit civil », n° 75, p. 140 ; P.-Y. GAUTIER, « La « solution

plus à même de respecter les particularités de la fondation indirecte¹³⁵⁹. D'ailleurs, l'institution du legs avec charge de fonder n'est pas sans rappeler le *fideicommiss* et la *fiducia* en droit romain¹³⁶⁰. Comme la libéralité avec charge, elle évite une vacance de la succession.

Par ailleurs, la fondation indirecte, assise sur le mécanisme de la libéralité avec charge, est « onéreuse, car fiscalement elle repose sur une double mutation testamentaire »¹³⁶¹. Reposant sur une fiducie aux fins de libéralité, cette fondation doit profiter de la neutralité fiscale attachée aux fiducies libéralités nommées¹³⁶². Seule la seconde transmission, réalisée à titre libérale, doit être prise en compte pour le calcul de l'impôt. Or, les fondations reconnues d'utilité publique profitent des taux entre collatéraux privilégiés. Quant aux fonds de dotation, ils sont exonérés de droits de mutation¹³⁶³. Le recours à la fiducie-libéralité est à cet égard plus réaliste.

La fondation testamentaire indirecte n'est pas la seule libéralité réalisée par l'entremise d'un tiers. Une catégorie spéciale de libéralités consacrées par le législateur repose sur un même mécanisme : les libéralités intermédiées.

2. La libéralité intermédiée

219. La désignation d'un intermédiaire passif de transmission. La libéralité intermédiée est celle réalisée en ayant recours à un établissement d'utilité publique afin qu'il rétrocède les biens à un second groupement. Ce sont les fameux « dons des établissements d'utilité publique » au sens de l'article 6 de la loi du 1^{er} juillet 1901. Cette qualification a été rejetée dans la mesure où le groupement final tient ses droits du disposant. L'hypothèse est double : elle concerne à la fois les comptes d'association et la technique dite « de l'affiliation »¹³⁶⁴.

Goncourt » : les fondations indirectes en droit d'auteur », *D.* 1991, p. 65 et s., n° 6 ; V. GUEDJ, *op. cit.*, n° 561, p. 327 ; S. GODECHOT, *op. cit.*, n° 303, p. 290 ; C. VERNIÈRES, *op. cit.*, n° 586, p. 489. Comp. R. CASSIN, *op. cit.*, p. 61 ; E. AGOSTINI, note ss Civ. 1, 14 mai 1991, *D.* 1992, p. 149 et s.

¹³⁵⁹Pour un auteur, ce qui distingue la fiducie de la charge, c'est que dans le cas de la fiducie l'intermédiaire n'acquiert qu'en vue de transmettre, il n'a jamais le pouvoir de conserver, l'acte ne l'enrichit pas et ne procède d'aucune intention libérale à son endroit (V. M. GRIMALDI, *Droit civil (...)*, *op. cit.*, n° 1199, p. 138).

¹³⁶⁰Pour une étude de ces mécanismes, V. C. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, *op. cit.*, nos 25 et s., p. 26 et s.

¹³⁶¹V. J.- P. MARGUÉNAUD et B. DAUCHEZ, « Les libéralités à caractère collectif », in M. GRIMALDI (dir.), *Droit patrimonial de la famille*, 5e éd., Paris : Dalloz, 2014, coll. « Dalloz Action », n° 36, p. 1103 et s., n° 391.34, p. 1159.

¹³⁶²V. *supra*, n° 120.

¹³⁶³V. *supra*, n° 198.

¹³⁶⁴V. *supra*, n° 153.

En la matière, la libéralité *sub modo* est impropre à caractériser l'opération. Il conviendrait mieux de retenir l'existence d'une véritable fiducie aux fins de libéralités¹³⁶⁵. Le groupement désigné n'a qu'un simple rôle d'intermédiaire – passif – de transmission.

Il en va de même dans l'assurance-vie aux fins de placement.

3. L'assurance-vie aux fins de placement

220. Assurances-vies aux fins de placement et fiducie aux fins de libéralité. À l'heure actuelle, la qualification globale de libéralité est refusée aux assurances-vies aux fins de placement¹³⁶⁶. Cette qualification n'est reconnue qu'à certaines d'entre elles du fait des circonstances. Dans ce cas, il est habituel d'y voir une simple donation indirecte. Pourtant, là encore certains auteurs estiment que l'institution emprunte plus logiquement les contours d'une fiducie-libéralité innommée¹³⁶⁷. L'assureur apparaît être un véritable intermédiaire actif de transmission¹³⁶⁸. Tous les éléments de la fiducie sont, en effet, réunis. Le souscripteur transfère des fonds à l'assureur au moyen de primes versées périodiquement. Le capital ainsi constitué est géré par l'assureur. À l'issue du contrat, le capital augmenté des revenus est transmis au bénéficiaire désigné. En contrepartie de son intervention, l'assureur perçoit une rémunération. Il s'agit alors d'une fiducie *mortis causa* puisque son dénouement intervient à la mort du constituant, date à laquelle les droits du bénéficiaire sont consolidés et la libéralité devient véritablement irrévocable.

Enfin, les souscriptions publiques, lorsqu'elles sont réalisées au bénéfice d'un tiers, participent de ce mécanisme.

¹³⁶⁵V. C. VERNIÈRES, note ss Civ. 1^{re}, 16 septembre 2010, *AJ Famille*, p. 542 et s.

¹³⁶⁶V. *supra*, n° 127.

¹³⁶⁷V. C. VERNIÈRES, *Les libéralités à trois personnes*, *op. cit.*, n° 560, p. 463. Adde M. GRIMALDI, « Réflexions sur l'assurance-vie et le droit patrimonial de la famille », *Deffrénois* 1994, art. 35841, n° 30 (qui voyait dans ces assurances-vies des « mécanismes fiduciaires, et plus précisément de fiducie-gestion »).

¹³⁶⁸Pour un auteur, l'assureur est un « simple intermédiaire technique » (V. R. LIBCHABER, « Pour une redéfinition de la donation indirecte », *Deffrénois* 2000, p. 1409 et s., n° 19).

4. La souscription au bénéfice d'un tiers

221. Souscription et mandat. Si à l'heure actuelle, les organismes ont généralement recours à des appels à la générosité du public pour financer leur propre action, dans le passé de nombreuses souscriptions publiques ont été lancées au profit de tiers bénéficiaires¹³⁶⁹. Au-delà de la question de la qualification des promesses de souscription précédemment rencontrée¹³⁷⁰, la doctrine s'est interrogée sur la qualification du rapport liant le souscripteur et l'organisateur. Selon elle, l'organisateur serait un véritable *mandataire du souscripteur*¹³⁷¹, voire du bénéficiaire après acceptation par ce dernier de la souscription¹³⁷². La souscription ne serait alors que « la libéralité faite par l'intermédiaire d'un mandataire, qui s'est offert de remplir ce rôle »¹³⁷³. En d'autres termes, l'organisateur émettrait une offre de donation au bénéficiaire, au nom des souscripteurs¹³⁷⁴. Si une telle approche est séduisante, elle a été critiquée : la souscription reposant sur un mandat est instable. L'organisateur n'est pas propriétaire des fonds remis, du moins jusqu'au jour où il devient le mandataire du bénéficiaire du fait de l'acceptation par celui-ci de l'offre. Or, le mandat est, par nature, librement révocable¹³⁷⁵. En outre, il est susceptible, tout comme l'offre, de prendre fin en raison de certains événements pouvant affecter la personne du mandant : le décès ou l'incapacité du souscripteur¹³⁷⁶. Le recours au mandat n'est pas opportun.

222. Souscription et fiducie aux fins de libéralités innommée. Comme alternative au mandat¹³⁷⁷, il est possible de voir dans la souscription une forme de fiducie-libéralité dans laquelle le souscripteur transmet la propriété de fonds à l'organisateur à charge pour lui de transmettre ces derniers ou leur produit au bénéficiaire de la souscription. L'institution ressort

¹³⁶⁹V. *supra*, n° 112.

¹³⁷⁰V. *supra*, n° 210.

¹³⁷¹V. J.-J. DUPEYROUX, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, préf. J. MAURY, Paris : LGDJ, 1955, n° 32, p. 45 ; H. et J. MAZEAUD, obs. ss T. civ. de Saint-Étienne, 8 juillet 1957 *RTD civ.* 1958, p. 71 ; R. NERSON, note ss T. civ. de Saint-Étienne, 8 juillet 1957, *D.* 1958, 2, p. 142 ; S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, préf. R. NERSON, Paris : LGDJ, 1976, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 145, n° 127, p. 114 ; V. GUEDJ, *op. cit.*, n° 259, p. 190. Comp. R. DEMOGUE, obs. ss CA Paris, 21 octobre 1902, *RTD civ.* 1903, p. 648 et s. (sur la compatibilité du mandat et de stipulation pour autrui).

¹³⁷²V. R. NERSON, art. précité.

¹³⁷³V. *ibidem*.

¹³⁷⁴V. *ibid.* Adde R. DEMOGUE, art. précité.

¹³⁷⁵Des auteurs ont soutenu que ce caractère n'est pas d'ordre public et qu'il convient de l'écarter en raison de l'intention libérale motivant l'opération (V. R. DEMOGUE, art. précité ; J.-J. DUPEYROUX, *op. cit.*, n° 32, p. 46 ; R. NERSON, art. précité). Sur les exceptions à la révocabilité *ad nutum* du mandat, V. Ph. LE TOURNEAU, *Rép. civ. dalloz*, v° *Mandat*, nos 396 et s.

¹³⁷⁶V. R. GROS, *Des souscriptions publiques ouvertes dans un but de bienfaisance, honorifique ou d'encouragement*, Dijon : impr. de L. Marchal, 1909, p. 58 et s.

¹³⁷⁷Les auteurs présentent classiquement la fiducie et le mandat comme une alternative l'un à l'autre (V. P. PUIG, « La fiducie et les contrats nommés », *Dr. et patr.* 2008, n° 171, p. 68 et s., spéc. p. 80 ; F. ZÉNATI-CASTAING, *op. cit.*, n° 271, p. 430 ; T. BONNEAU, *Droit bancaire*, 11^e éd., Paris : LGDJ-Lextenso éd., 2015, coll. « Domat. Droit privé », n° 950, p. 712. Comp. C. WITZ, *Rép. civ. dalloz*, v° *Fiducie*, n° 28).

sécurisée par la reconnaissance de la qualité de propriétaire à l'organisateur. En outre, la fiducie aux fins de libéralités, réalisée entre vifs, est irrévocable dès la désignation du bénéficiaire final nonobstant l'absence d'acceptation¹³⁷⁸.

Cependant, il n'est pas certain que la fiducie permette de qualifier, en toute hypothèse, le rôle joué par la plateforme en matière de financement participatif. Ce nouveau mode de financement constitue une forme moderne de souscription publique¹³⁷⁹. Le rôle d'intermédiaire joué par la plateforme est incontestable. Il a été consacré par la loi qui les appréhende comme des « intermédiaires en financement participatif »¹³⁸⁰. Ce faisant, le législateur soumet la plate-forme à de lourdes obligations d'assurance et de bonne conduite. Pour autant, il convient de ne pas se méprendre sur cette notion : la plate-forme est un intermédiaire au sens du langage courant. Elle assure « un trait d'union » entre le porteur de projet et le financeur¹³⁸¹. En réalité, la qualification de l'opération n'est pas simple tant les pratiques ne sont pas uniformes. Dans certains cas, les dons sont versés sur le compte bancaire de la plate-forme chargée de les transférer aux porteurs du projet. Dans ce cas, la plate-forme agit comme un intermédiaire de transmission. Il arrive encore que les fonds ne transitent pas par elle ; ils sont directement versés aux bénéficiaires. Dans ce cas, l'opération repose très certainement sur une libéralité avec charge classique.

Finalement, il est aisé de découvrir des fiducies aux fins de libéralité innommées chaque fois que la libéralité est réalisée par l'entremise d'un intermédiaire de transmission, c'est-à-dire qu'elle réalise une double transmission patrimoniale. La fiducie doit encore être retenue lorsque la libéralité est adressée à un organisme redistributeur.

B. La libéralité adressée à un organisme redistributeur

Plutôt que de retenir la fiducie aux fins de libéralité pour requalifier l'ensemble des libéralités à caractère collectif, il est préférable de s'intéresser à la nature du groupement bénéficiaire de

¹³⁷⁸V. M. GRIMALDI, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *Deffrénois* 1991, art. 35085 et art. 35094, n° 60.

¹³⁷⁹V. *supra*, n° 115.

¹³⁸⁰C. mon. fin., art. L. 548-1. Sur ces intermédiaires, V. T. BONNEAU, *op. cit.*, n° 414, p. 302.

¹³⁸¹Selon une expression empruntée à F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE (*V. Contrats civils et commerciaux*, 9^e éd., Paris : Dalloz, 2011, coll. « Précis. Droit privé », n° 671, p. 588). En cela, la plate-forme apparaît être un courtier spécialisé jouant le rôle de prestataire de services financiers au sens du Code monétaire et financier. L'ordonnance insère cette nouvelle catégorie au sein d'un chapitre consacré aux « autres prestataires de services » distinguant ces derniers des prestataires de services d'investissement, des prestataires de services de paiement ou des intermédiaires en opération de banque et en services de paiement. Sur ces questions, V. T. BONNEAU, *op. cit.*, n°s 389 et s., p. 286 et s.

la libéralité. Une distinction entre les groupements opérateurs et les groupements redistributeurs s'impose (1). Un certain nombre de conséquences peuvent y être attachées (2).

1. La distinction entre les groupements opérateurs et redistributeurs

223. L'exemple de la Fondation de France : genèse d'une fondation fiduciaire. En réalité, pour défendre l'idée selon laquelle toutes les libéralités à caractère collectif reposent sur la fiducie aux fins de libéralité, il n'est pas rare de raisonner à partir de la Fondation de France¹³⁸². En dépit de sa dénomination, elle est une personne morale de droit privé. En cela, elle se distingue de l'Institut de France, personne morale de droit public¹³⁸³. Ses statuts lui reconnaissent de larges missions puisqu'elle a vocation à englober l'intégralité de l'intérêt général¹³⁸⁴. Conçue par les pouvoirs publics, elle est reconnue d'utilité publique par un décret du 9 janvier 1969¹³⁸⁵. L'idée était alors d'introduire en droit français l'équivalent des *community trusts*¹³⁸⁶. À cet égard, l'article 1^{er} de ses statuts énonce que la Fondation de France « a pour but de recevoir toutes les libéralités, sous forme notamment de dons et legs et de versements manuels, d'en assurer la gestion et de redistribuer ces libéralités, ou leurs fruits et produits disponibles au profit des personnes, œuvres ou organismes » poursuivant des causes d'intérêt général¹³⁸⁷. Le rôle fiduciaire de la Fondation de France est donc mis en évidence¹³⁸⁸. Il est de son essence, au point qu'il serait inconcevable de consentir « tout don ou tout legs assorti d'une charge imposant à la Fondation de France d'assumer personnellement le fonctionnement d'un service d'intérêt général »¹³⁸⁹. À cet égard, le nom de « Fondation générale fiduciaire » a un temps été envisagé comme dénomination de cet établissement¹³⁹⁰.

Finalement, la Fondation de France est soumise à une double condition de gérer et de transmettre. En ce sens, elle est « un intermédiaire actif entre les disposants et les œuvres

¹³⁸²V. C. VERNIÈRES, *Les libéralités à trois personnes*, *op. cit.*, n° 620, p. 512.

¹³⁸³V. *supra*, note n° 594, ss n° 100.

¹³⁸⁴Ainsi, en vertu de l'article 1^{er} de ses statuts, la Fondation de France est attachée à la défense de tout but ayant « un caractère philanthropique, éducatif, scientifique, social, humanitaire, culturel ou concourant à la mise en valeur du patrimoine artistique, à la défense de l'environnement ou à la diffusion de la culture française ».

¹³⁸⁵Une seconde fondation porte aujourd'hui un même label institutionnel. Personne morale de droit privé, la Fondation du Patrimoine a été créée par la loi n° 96-590 du 2 juillet 1996 et est régie par les articles L. 143-1 et suivants du Code du patrimoine.

¹³⁸⁶Sur la genèse de la Fondation de France, V. M. POMEY, *Traité des fondations d'utilité publique*, Paris : PUF, p. 220 et s.

¹³⁸⁷Nous soulignons.

¹³⁸⁸V. J. DUFAUX, « Les opérations fiduciaires à des fins de libéralités », in C. WITZ (dir.), *Les opérations fiduciaires*, Colloques Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984, préf. B. OPPETIT, Paris : Feduci : LGDJ, 1985, coll. « FEDUCI », p. 113 et s., n° 6 ; C. VERNIÈRES, *Les libéralités à trois personnes*, *op. cit.*, n° 621, p. 513.

¹³⁸⁹V. H. SOULEAU, « Les libéralités adressées à la Fondation de France », *Defrénois* 1970, art. 29521, n° 3.

¹³⁹⁰V. M. POMEY, *op. cit.*, p. 282.

d'intérêt général »¹³⁹¹ : la Fondation de France est *un intermédiaire de transmission*. Cependant, le bénéficiaire final est, non pas la collectivité dans son ensemble ou des catégories de personnes, mais une seconde personne individualisée à laquelle la Fondation de France va retransmettre les revenus ou le produit des biens reçus.

224. Distinction des organismes « opérateurs » et « redistributeurs ». La singularité de la Fondation de France, loin de permettre d'attirer dans la fiducie-libéralité toutes les situations de libéralités à caractère collectif, invite à une distinction tenant au rôle de « redistributeur » de l'organisme recevant la libéralité. La pratique distingue depuis longtemps les groupements « opérateurs » des organismes « redistributeurs ». L'étude de différents objets sociaux des groupements sans but lucratif permet de les ranger dans l'une ou l'autre de ces catégories¹³⁹².

D'un côté, les *groupements opérateurs* sont ceux qui *portent des projets déterminés*, les mènent à bien et qui *agissent positivement en faveur des intérêts collectifs*. Dans ce cas, la charge d'intérêts collectifs, qu'elle soit expresse ou tacite, impose l'accomplissement, la réalisation des projets et actions proposés par l'organisme en question conformément à son objet social.

D'un autre côté, il existe des *groupements redistributeurs* dont la vocation est de *collecter des fonds afin de les redistribuer* à des organismes opérateurs. Si ces derniers ne réalisent pas, à proprement parler, des missions d'intérêts collectifs, ils en assurent le financement dans un but non lucratif. Dans ce cas, la charge d'intérêt collectif impose de retransmettre le produit ou les revenus des biens reçus. Ces derniers organismes constituent des réceptacles de libéralités.

Le législateur a implicitement consacré cette dualité de finalité lorsqu'il a créé les fonds de dotation dont l'objet est de recevoir des libéralités afin de les capitaliser¹³⁹³. Les revenus engendrés peuvent soit être utilisés en vue de la réalisation d'une œuvre ou d'une mission d'intérêt général, fonds de dotation opérateurs, soit être redistribués pour assister une personne morale à but non lucratif dans l'accomplissement de ses œuvres ou missions d'intérêt général, fonds de dotation redistributeurs¹³⁹⁴.

¹³⁹¹V. H. SOULEAU, art. précité, n° 1.

¹³⁹²À propos des fondations, M. POMEY (V. *op. cit.*, p. 30) distingue une troisième catégorie, à savoir les fondations dites de gestion aux côtés des fondations dites d'action directes et de celles dites de distribution ou redistribution.

¹³⁹³V. *supra*, n° 85.

¹³⁹⁴L. n° 2008-776 du 4 août 2008, art. 140, I.

À la distinction opérée entre les organismes redistributeurs et opérateurs, sont attachées des conséquences.

2. Les conséquences attachées à la distinction

Les conséquences de la distinction, entre les organismes redistributeurs et opérateurs, sont importantes. La fiducie-libéralité peut prospérer dans un cas tandis que la qualification de libéralité avec charge doit être conservée dans l'autre. Une fois, la fiducie-libéralité reconnue dans certaines hypothèses, un régime spécifique doit lui être attaché.

De la distinction opérée découle une application distributive des qualifications (a) ainsi que la reconnaissance d'un régime spécifique aux organismes redistributeurs (b).

a. Une application distributive des qualifications

225. De la libéralité *sub modo* à la fiducie aux fins de libéralité. Quelle que soit la nature du groupement bénéficiaire, les biens transmis devront être affectés à la défense d'intérêts collectifs. En matière de groupement opérateurs, il incombe à ces derniers d'employer directement le produit de ces biens ou leurs revenus. L'analyse classique de la libéralité avec charge est fidèle à l'opération. Au contraire, s'agissant des groupements redistributeurs, le produit de ces biens ou leurs revenus doit être transmis à une seconde personne, qui va effectivement les employer conformément à sa mission. Dans ce cas, *la charge d'intérêt collectif est nécessairement doublée d'une obligation de retransmettre* à un bénéficiaire final. Les groupements redistributeurs jouent alors un rôle *actif de transmission* entre le bienfaiteur et le bénéficiaire final. Pour reprendre les propos d'un auteur, au sujet de la Fondation de France, cet intermédiaire agit « comme un catalyseur favorisant l'affectation des libéralités à des missions désintéressées »¹³⁹⁵. Dans ce cas, *une véritable fiducie aux fins de libéralité est caractérisée*. À l'instar des libéralités adressées par l'intermédiaire d'un compte d'association¹³⁹⁶, il convient de se placer du côté de l'intermédiaire de transmission pour apprécier les différentes exonérations fiscales¹³⁹⁷, et plus largement le régime fiscal de

¹³⁹⁵V. H. SOULEAU, art. précité, n° 2.

¹³⁹⁶V. *supra*, n° 190.

¹³⁹⁷V. *supra*, n°s 190. et s.

l'opération. Ce faisant, une exception au principe de neutralité fiscale attachée à la fiducie doit être admise.

À cette nouvelle proposition, il convient d'admettre un tempérament chaque fois que la libéralité reçue est spécifiquement affectée au fonctionnement du groupement redistributeur. Dans ce cas, la libéralité lui profite. Elle augmente, sans conteste, la puissance d'action de l'organisme. Il s'agit alors d'une libéralité *sub modo* classique.

Un régime propre aux organismes redistributeurs s'impose.

b. La reconnaissance d'un régime propre aux organismes redistributeurs

De la reconnaissance de fiducie-libéralité en présence de groupements redistributeurs découlent deux éléments de régime importants : d'abord une faculté d'élire le bénéficiaire final (i), ensuite une présomption d'onérosité (ii).

i. Une faculté d'élire le bénéficiaire final

226. L'indétermination relative du bénéficiaire final. À la différence des hypothèses de fiducies aux fins de libéralité par l'entremise d'un tiers, les bénéficiaires ne sont pas ici déterminés. Une telle circonstance n'est pas de nature à empêcher la reconnaissance de la fiducie-libéralité adressée à un groupement redistributeur. Il a été montré que l'indétermination du bénéficiaire final n'emporte pas nullité de l'opération lorsque celle-ci est uniquement relative¹³⁹⁸. Les solutions retenues en présence d'une charge d'élire en matière de legs l'ont montré. À l'instar des *charity trust*, il est possible d'admettre que le bénéficiaire final soit indéterminé dans la mesure où la catégorie des bénéficiaires est clairement définie¹³⁹⁹.

Lorsque la libéralité est adressée à un organisme redistributeur, il lui appartient *d'élire le bénéficiaire final* de la libéralité¹⁴⁰⁰. Il s'agit le plus souvent d'une personne morale, à savoir un groupement opérateur. Cependant, ce bénéficiaire peut également être une personne

¹³⁹⁸V. *supra*, n° 214.

¹³⁹⁹V. *ibidem*.

¹⁴⁰⁰V. H. SOULEAU, art. précité, n° 13.

physique lorsque la libéralité a pour finalité la création ou le maintien de prix ou de bourses¹⁴⁰¹. À cet égard, le groupement redistributeur doit jouir d'une grande liberté pour désigner le bénéficiaire final. Il importe peu que le bienfaiteur n'ait pu directement gratifier la personne désignée. Pour autant, cette liberté n'est pas sans limite. L'objet poursuivi par l'organisme redistributeur détermine les catégories de bénéficiaires potentiels. De surcroît, si la charge d'intérêt collectif, stipulée expressément ou non, prévoit une affectation spéciale, le groupement doit désigner le bénéficiaire au sein de cette sous-catégorie. En pratique, il n'est pas rare que ces groupements procèdent à de véritables appels à projets¹⁴⁰². Le bénéficiaire ainsi appelé à profiter de la libéralité doit respecter la destination de celle-ci.

À côté de cette première conséquence, il convient de reconnaître une véritable présomption d'onérosité au profit de l'intermédiaire.

ii. Une présomption d'onérosité

227. Le caractère gratuit ou onéreux de la fiducie. Le simple rôle d'intermédiaire joué par le groupement admis, il convient de se demander s'il peut percevoir une rémunération en contrepartie de sa mission. En matière de fiducie nommée, le législateur est resté silencieux sur le caractère gratuit ou onéreux du contrat. La doctrine admet cependant qu'une rémunération est due au fiduciaire¹⁴⁰³. Une telle proposition se déduirait des autres dispositions régissant la fiducie. Il n'est pas certain qu'une même solution puisse être retenue en matière de fiducie aux fins de libéralités innommées. Elle a, pourtant, été soutenue¹⁴⁰⁴. En réalité, la question ne se pose qu'en cas de silence des parties. Véritable prestataire de services à des fins philanthropiques, la Fondation de France impose, en pratique, aux gratifiants l'adhésion aux tarifs contenus dans ses conditions générales¹⁴⁰⁵.

Chaque fois que les parties sont silencieuses sur l'existence ou non d'une rémunération, il peut être procédé comme en matière de mandat confié à une personne qui fait profession de

¹⁴⁰¹Un auteur remarque que le bénéficiaire du prix ne tient pas ses droits de la personne morale, mais du bienfaiteur originaire (V. R. CASSIN, *Droit civil approfondi et comparé : les libéralités avec charge et les fondations*, Paris : les Cours de droit, 1939, p. 347). Bien souvent, de tels prix ou bourses sont créés par la voie d'un acte de fondation. Pour assurer la pérennité de celles-ci, il n'est pas rare que les libéralités-participation viennent augmenter ses ressources.

¹⁴⁰²V. S. COMBEZ, *Le financement de la recherche biomédicale en droit privé : entre le marché et la générosité du public*, thèse de doctorat en droit, Paris : Université Paris I, 2009, n^{os} 463 et s., p. 361 et s.

¹⁴⁰³V. C. WITZ, *J.-Cl. civil code*, art. 2011 à 2030, fasc. 20 : « Fiducie – Effets et extinction », n^o 5 ; F. BARRIÈRE, *Rép. civ. dalloz*, v^o Fiducie, n^o 85.

¹⁴⁰⁴V. C. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, op. cit., n^o 98, p. 90.

¹⁴⁰⁵En matière de dispositions testamentaires, les praticiens postulent, ce qui est discutable, que le *de cujus* adhère tacitement à ces conditions générales.

s'occuper des affaires d'autrui. Si le mandat est, par principe et sauf convention contraire, à titre gratuit au sens de l'article 1986 du Code civil, la jurisprudence retient dans cette hypothèse l'existence d'une présomption de mandat salarié¹⁴⁰⁶. De la même manière, il est permis de retenir, lorsqu'une libéralité à caractère collectif est réalisée par l'intermédiaire d'une fiducie-libéralité, une véritable *présomption d'onérosité*¹⁴⁰⁷.

228. Conclusion de la Section. D'importantes critiques ont pu être opposées à la libéralité *sub modo* pour qualifier les libéralités à caractère collectif. Il a donc été proposé de recourir à la fiducie aux fins de libéralité. Pour autant, des reproches tout aussi sérieux peuvent être adressés à cette théorie. Finalement, une solution médiane s'impose. Si la majorité des libéralités à caractère collectif repose sur le système de la libéralité avec charge, pour certaines d'entre elles, la fiducie-libéralité est plus à même d'en faire ressortir les spécificités. Elles peuvent être regroupées en deux grandes catégories. La fiducie peut être reconnue chaque fois que la libéralité est adressée au bénéficiaire final, désigné par le disposant, par l'entremise d'un tiers. Elle peut l'être encore lorsque la libéralité parvient au bénéficiaire final par l'intermédiaire d'un groupement redistributeur chargé de désigner celui-ci. En pratique, il n'est pas rare d'être en présence de deux fiducies successives. Ce sera le cas chaque fois qu'une première opération impose à un intermédiaire passif de transmettre des biens à un intermédiaire actif de « sous-ordre »¹⁴⁰⁸, qui devra à son tour élire un bénéficiaire final. La charge de fonder un groupement redistributeur en est la parfaite illustration¹⁴⁰⁹.

229. Conclusion du Chapitre. Les spécificités des libéralités à caractère collectif tiennent également dans leurs qualifications. Si la majorité d'entre elles repose sur des mécanismes connus, certaines libéralités à caractère collectif bouleversent l'approche classique de la matière. D'abord, il est permis de déceler dans les actes de fondations entre vifs dont le but est de créer un nouvel établissement de véritables engagements unilatéraux de volonté. Forme spéciale de donation indirecte, l'institution permet de sécuriser la fondation et d'éviter le

¹⁴⁰⁶V. Req., 7 décembre 1927, *Gaz. pal.* 1928, 1, p. 213 ; Req., 1^{er} juillet 1936, *D.* 1936, p. 428 ; Civ. 1^{re}, 11 février 1981, n° 79-16.473, *Bull. civ.* I, n° 50 ; Civ. 1^{re}, 19 décembre 1989, n° 87-11428, *Bull. civ.* I, n° 399 ; *Defrénois* 1990, p. 817, obs. G. VERMELLE ; Civ. 1^{re}, 16 juin 1998, n° 96-10.718, *Bull. civ.* I, n° 211 ; *Contrats, conc. consom.* 1998, comm. 127, note L. LEVENEUR.

¹⁴⁰⁷Comp. P. PUIG, art. précité, spéc. p. 80.

¹⁴⁰⁸Selon une expression empruntée à R. CASSIN (*V. Droit civil approfondi et comparé : les libéralités avec charge et les fondations*, Paris : les Cours de droit, 1939, p. 348).

¹⁴⁰⁹La Fondation Goncourt, dont la constitution reposait sur une fondation indirecte, en est la parfaite illustration (*V. ibidem*).

reniement des fondateurs. Ensuite, si la libéralité *sub modo* permet d'appréhender la grande majorité des libéralités à caractère collectif, elle ne saurait refléter les traits caractéristiques de certaines d'entre elles. Pour celles-ci, seule la fiducie aux fins de libéralité est à même de les appréhender. Les libéralités à caractère collectif revêtent des qualifications plurielles.

230. Conclusion du Titre. Une fois admis que les libéralités à caractère collectif renvoient à un nombre important de mécanismes différents, il convenait de s'attarder sur les traits distinctifs de cette catégorie juridique. Si toutes les institutions la composant ont des caractéristiques propres, elles se retrouvent autour de qualités communes. Elles sont à la fois affectées et intéressées. Simplement l'objet de cette affectation peut varier d'une libéralité à l'autre, tout comme les intérêts poursuivis par les bienfaiteurs. Le plus souvent, l'intérêt est moral et résulte de l'affectation. Dans d'autres cas, il est matériel à l'exemple des libéralités consenties par des sociétés commerciales. En outre, ces libéralités ont cela de commun qu'elles reposent sur des techniques juridiques diverses. À ce titre, il convient de faire une place importante à l'engagement unilatéral de volonté qui permet seul de sécuriser la création de fondation entre vifs. Par ailleurs, si la majorité des libéralités à caractère collectif trouvent leur assise dans des libéralités *sub modo*, certaines utilisent incontestablement la technique de la fiducie aux fins de libéralités en dépit de l'interdiction formulée par l'article 2013 du Code civil. Le législateur serait bien avisé de reconnaître expressément celles-ci par souci de sécurité juridique.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

231. Les libéralités à caractère collectif, une catégorie juridique à part entière. L'étude de la notion de libéralité à caractère collectif a dévoilé la profonde spécificité de cette catégorie juridique. D'abord, la catégorie des libéralités à caractère collectif regroupe en son sein des mécanismes aussi divers que variés selon que leur auteur souhaite initier une œuvre nouvelle – fondation – ou apporter son concours à une œuvre préexistante – libéralités-participation. En leur sein, certaines institutions sont qualifiées, à tort, comme des actes à titre onéreux. Elles ont été requalifiées. Après avoir procédé à une rapide présentation de chacun des procédés permettant de réaliser une libéralité à caractère collectif, il était possible, ensuite, de faire émerger les traits distinctifs à cette catégorie juridique. Certaines caractéristiques sont communes. Les libéralités à caractère collectif sont des libéralités affectées et intéressées. Pour l'admettre, il était utile de montrer au préalable qu'une libéralité peut être intéressée sans que la nature gratuite de celle-ci n'y fasse obstacle. Par ailleurs, les libéralités à caractère collectif mettent en jeu des techniques originales. Tandis que certaines reposent sur des engagements unilatéraux de volonté, d'autres ont pour support des fiducies aux fins de libéralité.

Les contours des libéralités à caractère collectif étant délimités, il est possible d'en étudier le régime.

SECONDE PARTIE – LE RÉGIME DES LIBÉRALITÉS À CARACTÈRE

COLLECTIF

232. Un régime spécial. L'étude de la notion de libéralité à caractère collectif a montré qu'une même catégorie juridique réunissait des mécanismes extrêmement divers, lesquels utilisent des techniques plurielles. Pour autant, la diversité des libéralités à caractère collectif ne doit pas cacher la profonde unité de cette catégorie juridique. Toutes les libéralités à caractère collectif sont à la fois affectées et intéressées. Il convient désormais d'examiner le régime de ces libéralités afin de déterminer si une telle unité se retrouve au stade des règles de formation et d'exécution des libéralités à caractère collectif.

À en croire la doctrine, la réponse est, sans doute, négative. Depuis PLANIOL et RIPERT¹, les auteurs étudient séparément les règles régissant les libéralités aux personnes morales de celles s'intéressant aux fondations (dans le sens d'actes de fondation)², au point qu'un certain nombre d'entre eux ne s'intéresse qu'à cette seconde catégorie de libéralités à caractère collectif³. Pour autant, la doctrine, lorsqu'elle étudie les règles régissant les fondations, ne manque pas de renvoyer, dans bien des hypothèses, aux règles relatives aux libéralités-participation. Ainsi, la capacité de recevoir des fondations par une personne morale déjà existante serait la même que celle pour recevoir une libéralité-participation⁴. De la même manière, les difficultés attachées à l'impossibilité d'exécuter une charge du fait du changement des circonstances économiques répondraient aux mêmes problématiques⁵.

C'est qu'en réalité les règles relatives aux libéralités à caractère collectif sont communes. En ce sens, sous couvert d'une étude consacrée aux libéralités avec charges et aux fondations,

¹M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 5, *Donations et testaments*, 2^e éd., par A. TRASBOT et Y. LOUSSOUARN, Paris : LGDJ, 1957, n° 862 et s., p. 1103 et s.

²V. J. FLOUR et H. SOULEAU, *Droit civil : Les libéralités*, par H. SOULEAU, Paris : Armand Colin, 1982, coll. « U Série Droit privé », n°s 346 et s., p. 225 et s. ; M. GRIMALDI, *Droit civil : Libéralités, partages d'ascendants*, Paris : Litec, 2000, n°s 1673 et s., p. 498 et s. ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Droit civil : Les successions, les libéralités*, 4^e éd., Paris : Dalloz, 2014, coll. « Précis. Droit privé », n°s 658, p. 583 et s.

³V. G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil : Les successions et les libéralités*, par P. RAYNAUD, Paris : Sirey, 1983, n°s 678 et s., p. 502 et s. ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 4, *Successions, Libéralités*, 5^e éd. par L. LEVENEUR et S. MAZEAUD-LEVENEUR, Paris : Montchrestien, 1999, n°s 1413 et s., p. 607 et s. ; P. Voirin et G. Goubeaux, *Droit civil*, t. 2, *Régimes matrimoniaux, successions libéralités*, 28^e éd., par P. VOIRIN, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso éd., 2014, coll. « Manuel », n°s 903 et s., p. 367 et s.

⁴V. J. FLOUR et H. SOULEAU, *op. cit.*, n° 366, p. 241 ; M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1694, p. 516 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *op. cit.*, n° 672, p. 594.

⁵Comp. P. VOIRIN et G. GOUBEAUX, *op. cit.*, n° 921, p. 372.

CASSIN examinait le régime des libéralités aux personnes morales⁶. L'unité de la catégorie au stade de la qualification se retrouve du côté du régime. Il n'y a pas lieu de distinguer entre les deux grandes catégories de libéralités à caractère collectif : les libéralités-participation et les fondations ; ni davantage en leur sein entre les différents mécanismes. La libéralité adressée à une association qui n'existe pas aboutit, en effet, aux mêmes difficultés que la fondation testamentaire directe par exemple ; la charge imposant à une personne morale une affectation contraire à sa mission conduit aux mêmes difficultés au regard du principe de spécialité quelle que soit la libéralité en cause. Les règles régissant la création du groupement, l'acquisition de la personnalité juridique et la capacité de recevoir des libéralités ainsi que les règles tenant à leur spécialité sont communes à toutes les libéralités à caractère collectif. Il en va de même des solutions retenues par la jurisprudence et par l'autorité administrative afin de contourner les difficultés qui y sont attachées : adaptation, interprétation et substitution. De façon identique, l'inexécution de la charge d'affectation ne saurait être plus grave en présence d'une fondation que pour une libéralité-participation. Quant aux difficultés d'exécution de la charge tenant aux changements de circonstances économiques, elles sont propres aux charges à exécution successive. Or, de telles charges, si elles grèvent nécessairement une fondation, qu'elle soit perpétuelle ou temporaire, peuvent également être attachées à une libéralité-participation.

Les règles relatives aux libéralités à caractère collectif doivent donc être étudiées ensemble sans qu'il y ait lieu de distinguer selon la sous-catégorie de libéralité. S'il existe, il est vrai, certaines règles spéciales, au rang desquelles la reprise d'apport en cas de dissolution de l'association bénéficiaire, il convient d'en comprendre les raisons d'être afin de les étendre à toutes les libéralités à caractère collectif.

233. Des règles spéciales. S'intéresser au régime des libéralités à caractère collectif impose de ne retenir que les règles et difficultés particulières relatives à celles-ci. À l'instar des autres libéralités spéciales, les libéralités à caractère collectif sont soumises au droit commun des libéralités ordinaires. Pour autant, il existe certaines règles qui leur sont propres. Le Code civil en contient peu. Seuls les articles 910 et 937 dudit Code s'intéressent aux libéralités adressées à des personnes morales. Le premier concerne la capacité d'exercice de certains groupements. Le second vient au renfort du premier⁷. Quant aux autres dispositions spéciales,

⁶R. CASSIN, *Droit civil approfondi et comparé : les libéralités avec charge et les fondations*, Paris : les Cours de droit, 1939.

⁷Ce texte prévoit que les libéralités adressées aux établissements d'utilité publiques sont acceptées par leurs administrateurs après y avoir été dûment autorisées, sauf l'hypothèse où l'acceptation n'est pas soumise à autorisation selon les termes de l'article 910 du Code civil.

elles sont dispersées dans de nombreux textes. La majorité de celles-ci concerne les règles de capacité de jouissance de recevoir des libéralités. Parfois, elles visent également les règles de capacité d'exercice pour les cas non prévus par l'article 910 susvisé. Ces règles sont clairsemées dans différents codes, lois et règlements non codifiés. Cette dispersion est depuis longtemps critiquée⁸. L'étude de ces règles montre surtout qu'elles sont complexes et peu cohérentes à ce jour. La loi du 4 février 1901 relative à la tutelle administrative en matière de dons et legs illustre cette difficulté. Loin de regrouper l'ensemble des dispositions relatives à la tutelle comme son intitulé le suggère, elle a été dépouillée de son contenu par différentes réformes intervenues depuis. À l'heure actuelle, cette loi ne contient que trois articles définissant quelques modalités de la procédure d'autorisation préalable pour les groupements ne pouvant accepter seuls une libéralité qui leur est adressée. Ce faisant, il convient de proposer des réformes de profondeur tendant à uniformiser les règles de capacité juridique. Le Code civil pourrait alors être le nouveau siège d'une telle réglementation.

À côté des règles de capacité juridique, qui sont largement exorbitantes du droit commun, il existe d'autres règles spéciales. D'abord, en ce que les libéralités à caractère collectif font intervenir des personnes morales, elles doivent être compatibles avec la spécialité qui gouverne ces groupements. Il importe alors peu que la personne morale soit bénéficiaire de la libéralité ou disposant. Ensuite, des réglementations spécifiques sont propres à certains groupements. Ainsi, quelques personnes publiques jouissent d'une procédure de faveur en ce qui concerne la révision des charges tandis que la dissolution de certains organismes conduit à une reprise des libéralités qui leur ont été adressées.

234. Des règles de droit commun inadaptées. Au-delà de ces règles spécifiques, les libéralités à caractère collectif sont soumises aux règles de droit commun. La majorité d'entre elles sont largement compatibles avec la spécificité des libéralités à caractère collectif. Ainsi, cette étude ne s'intéressera pas aux questions relatives au consentement du disposant, à l'objet ou à la cause de ces libéralités par exemple, encore que le fait que la libéralité à caractère collectif soit une libéralité intéressée ne devrait pas être sans incidence sur la détermination de celle-ci⁹.

Au contraire, d'autres règles revêtent une dimension particulière lorsque la libéralité est adressée à une personne morale ou qu'une telle personne y consent. Certaines règles sont, effectivement, peu adaptées en leur présence : règles de formalisme ou celles relatives à

⁸V. M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1686, p. 511.

⁹V. *supra*, n° 36.

l'action en réduction. En outre, certaines règles de droit commun puisent leur origine dans les difficultés nées des charges grevant les libéralités à caractère collectif, que l'on songe à la jurisprudence en matière d'interprétation des testaments ou à la procédure de révision des charges. Enfin, en ce qu'elles sont affectées à des causes généralement dignes d'intérêt et de protection, les libéralités à caractère collectif devraient faire l'objet de règles spécifiques en cas d'inexécution de la charge d'intérêt collectif.

235. Plan. À côté des règles spéciales propres aux libéralités à caractère collectif, il est nécessaire de s'arrêter sur les règles de droit commun qui présentent certaines difficultés particulières. Quelle que soit la nature de ces règles, certaines s'intéressent aux conditions de validité des libéralités à caractère collectif tandis que d'autres sont relatives à leur exécution. Ainsi, selon une distinction traditionnelle¹⁰, l'étude du régime des libéralités à caractère collectif impose de s'intéresser tant à leurs conditions de validité (Titre I) qu'à leur exécution (Titre II).

¹⁰Sur cette distinction, V. O. PENIN, *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat : contribution à l'étude du contrat acte de prévision*, préf. Y. LEQUETTE, Paris : LGDJ-Lextenso éd., 2012, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 535.

TITRE I. LES CONDITIONS DE VALIDITÉ

236. L'unité des conditions classiques. D'ordinaire la doctrine consacre d'importants développements aux conditions de validité des libéralités adressées aux personnes morales qui constituent des libéralités-participation. Néanmoins, les auteurs ne s'intéressent pas exactement aux mêmes questions. Tous s'accordent sur deux conditions : la capacité (de jouissance et d'exercice) de recevoir des libéralités et le principe de spécialité du bénéficiaire¹¹, encore que certains étudient cette seconde condition au sein des conditions de capacité¹². À côté de ces règles, certains auteurs examinent la problématique des personnes morales futures¹³, c'est-à-dire des groupements dépourvus de personnalité¹⁴. Il n'y a là qu'une application de l'article 906 du Code civil aux personnes morales. Aux termes de ce texte, pour être capable de recevoir entre vifs, il faut être conçu au jour de la donation, tandis qu'il faudra l'être au jour du décès pour recevoir par testament. Il en résulte qu'un groupement inexistant au jour de la donation ou de l'ouverture de la succession ne peut recevoir de libéralités. Les difficultés attachées à cette règle ont déjà été rencontrées¹⁵. Elles concernaient, sous l'empire du droit antérieur, la question de la validité des fondations *post mortem* directes en vue de créer un nouvel établissement. Dans la mesure où cet établissement était inexistant au jour du décès du fondateur, la validité de l'acte de fondation était contestée. Or, en prévoyant que la reconnaissance d'utilité publique d'une telle fondation rétroagit au jour de l'ouverture de la succession, le législateur de 1990 a mis un terme à plus d'un siècle d'opposition entre la Cour de cassation et le Conseil d'État¹⁶.

Par ailleurs, la doctrine consacre des développements propres aux fondations, soit que les auteurs n'étudient spécifiquement que cette catégorie de libéralités adressées aux personnes

¹¹V. M. GRIMALDI, *Droit civil : Libéralités, partages d'ascendants*, Paris : Litec, 2000, n^{os} 1674 et s., p. 497 et s. ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Droit civil : Les successions, les libéralités*, 4^e éd., Paris : Dalloz, 2014, coll. « Précis. Droit privé », n^{os} 660 et s., p. 585 et s.

¹²V. M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 5, *Donations et testaments*, 2^e éd., par A. TRASBOT et Y. LOUSSOUARN, Paris : LGDJ, 1957, n^{os} 862 et s., p. 1103 et s. ; J. FLOUR et H. SOULEAU, *Droit civil : Les libéralités*, par H. SOULEAU, Paris : Armand Colin, 1982, coll. « U Série Droit privé », n^{os} 326 et s., p. 225 et s. ;

¹³V. F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *op. cit.*, n^o 665, p. 589.

¹⁴V. M. PLANIOL et G. RIPERT, *op. cit.*, n^o 865, p. 1105.

¹⁵V. *supra*, n^{os} 94. et s.

¹⁶L. n^o 87-571 du 23 juillet 1987, art. 18, al. 2, inséré par L. n^o 90-559 du 4 juillet 1990, art. 1^{er}. Une même solution a été retenue en matière de fonds de dotation (L. n^o 2008-776 du 4 août 2008, art. 140, IV).

morales¹⁷, soit qu'ils les dissocient des libéralités aux personnes morales ordinaires¹⁸. Pour autant, les conditions de validité des fondations n'ont rien de spécifique par rapport aux libéralités-participation. À cet égard, il est évident qu'une fondation adressée à une personne morale préexistante doit respecter la spécialité de celle-ci.

Aussi, convient-il d'examiner les règles relatives à la capacité juridique de recevoir des libéralités et celles s'intéressant au principe de spécialité sans distinction selon la catégorie de libéralité à caractère collectif.

237. L'insuffisance des conditions classiques. À en croire les auteurs, les libéralités à caractère collectif n'auraient donc de spécifique que ces deux catégories de conditions de validité. Pour le reste, les règles des libéralités de droit commun trouveraient à s'appliquer. L'affirmation mérite d'être doublement nuancée. D'abord, à la différence des libéralités classiques, les libéralités à caractère collectif peuvent être l'œuvre de personnes morales, ce qui n'est pas sans conséquence. La forme des libéralités adressées par ces personnes doit alors être repensée. L'étude du principe de spécialité rebondit également à ce stade : la libéralité doit être conforme à la spécialité du disposant. Ensuite, l'étude des libéralités à caractère collectif a montré qu'elles pouvaient reposer sur des qualifications plurielles : engagements unilatéraux de volonté et fiducies aux fins de libéralité¹⁹. Une telle reconnaissance invite à s'interroger sur la forme de ces libéralités à caractère collectif. Un acte de fondation entre vifs réalisé par une personne physique, s'il repose sur une donation indirecte, ne saurait être exempté de la forme notariée. Ainsi, à côté des conditions de capacité juridique et de spécialité, il paraît nécessaire de s'arrêter sur la forme des libéralités à caractère collectif.

238. Plan. Trois séries de conditions de validité sont spécifiques aux libéralités à caractère collectif : la capacité de recevoir (Chapitre I), la spécialité (Chapitre II) et la forme (Chapitre III).

¹⁷V. G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil : Les successions et les libéralités*, par P. RAYNAUD, Paris : Sirey, 1983, n^{os} 678 et s., p. 502 et s. ; H. L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 4, *Successions, Libéralités*, 5^e éd. par L. LEVENEUR et S. MAZEAUD-LEVENEUR, Paris : Montchrestien, 1999, n^{os} 1413 et s., p. 607 et s. ; P. VOIRIN et G. GOUBEAUX, *Droit civil*, t. 2, *Régimes matrimoniaux, successions libéralités*, 28^e éd., par P. VOIRIN, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso éd., 2014, coll. « Manuel », n^{os} 903 et s., p. 367 et s.

¹⁸V. M. PLANIOL et G. RIPERT, *op. cit.*, n^{os} 905 et s., p. 1159 et s. ; J. FLOUR et H. SOULEAU, *op. cit.*, n^o 365 et s., p. 240 et s. ; M. GRIMALDI, *op. cit.*, n^{os} 1690 et s., p. 513 et s. ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *op. cit.*, n^{os} 667 et s., p. 591 et s.

¹⁹V. *supra*, n^{os} 201. et s.

Chapitre I. La capacité de recevoir

239. Un ancrage historique. Parmi les règles relatives au régime des libéralités à caractère collectif, celles qui concernent la capacité de leur bénéficiaire sont de loin les plus étudiées par les auteurs. Il faut dire que la singularité des libéralités à caractère collectif s'est principalement développée sur ce terrain. Dès l'Édit de d'AGUESSEAU d'août 1749, le Roi Louis xv affirmait que les corps intermédiaires ne pouvaient se constituer sans avoir reçu son approbation. En outre, il fit défense à ces derniers de recevoir des libéralités entre vifs sans y avoir été autorisés par lui. Quant aux libéralités testamentaires, elles étaient interdites. La capacité juridique des groupements, lorsqu'elle était reconnue, était alors subordonnée aux lettres patentes du Roi. Ce faisant, il souhaitait préserver l'intérêt de l'État et des familles²⁰. Le régime des libéralités à caractère collectif se distinguait alors de celui des libéralités ordinaires. Malgré les changements de régimes, de telles restrictions se sont perpétuées, atteignant leur paroxysme lors de la Révolution française, extrêmement hostile aux corps intermédiaires. L'article 910 du Code civil de 1804, qui est l'un des rares textes à viser ces libéralités, s'inscrit dans la tradition de d'AGUESSEAU. Ses termes sont clairs : « Les dispositions entre vifs ou par testament, au profit des hospices, des pauvres d'une commune, ou d'établissements d'utilité publique, n'auront leur effet qu'autant qu'elles seront autorisées par arrêté du Gouvernement. » Le pouvoir central peut seul autoriser l'accumulation de biens de mainmorte tant du côté des communautés privées que publiques. Depuis, ces restrictions ont suivi une voie rectiligne : un effacement progressif sans pour autant disparaître.

240. Capacité de jouissance. À cet égard, la formation des groupements est de moins en moins soumise à l'approbation du pouvoir central ou de son représentant déconcentré. Elle ne l'est jamais lorsque la personne est un groupement étranger. Le droit français s'en remet à la loi de son siège pour apprécier l'existence et la capacité. Quant au droit interne, seules les congrégations et les fondations, quelle que soit leur nature, doivent leur constitution à un acte public. Toutefois, lorsque la constitution du groupement est libre, il n'est pas rare que l'acquisition de la capacité juridique de recevoir des libéralités soit attachée au sceau public. Les associations, dont la capacité n'a eu de cesse d'augmenter depuis 1901, illustrent ce

²⁰V. J-M. PARDESSUS (éd.), *Œuvres complètes du chancelier d'Aguesseau*, t. 13, *Contenant la fin de la correspondance officielle, et plusieurs mémoires sur la justice et les finances*, n^{le} éd., Paris : Fantin : H. Nicole : de Pelafol, 1819, p. 62 et s.

constat. Ainsi, il existe des groupements jouissant de la personnalité morale sans bénéficier de la pleine capacité. Ce faisant la doctrine a rapidement distingué les groupements jouissant de la « grande personnalité morale » de ceux jouissant de la « petite personnalité morale ». Plus que la personnalité, c'est davantage la capacité de ces organismes qui est à géométrie variable. Pourtant, différentes réformes, dont certaines sont anciennes, ont mis à mal les justifications de cette variabilité. *De lege ferenda*, il conviendrait de reconnaître plus largement la capacité de recevoir des libéralités à caractère collectif.

241. Capacité d'exercice. En outre, les groupements qui jouissent de cette grande capacité ont longtemps dû se soumettre aux dispositions de l'article 910 du Code civil, c'est-à-dire à une autorisation préalable de l'autorité de tutelle pour pouvoir accepter la libéralité. C'est l'exercice de leur capacité qui s'en trouvait, finalement, limité : d'où la distinction classique entre les limitations relatives à la capacité de jouissance de celles concernant la capacité d'exercice. À la différence des règles de capacité de jouissance, qui ont rapidement été l'objet d'aménagements, celles issues de l'article 910 sont restées inchangées pendant plus de deux siècles, encore que certains groupements ont pu y être soustraits telles les personnes publiques qui ont rapidement été soumises à des textes spéciaux.

Depuis dix ans, l'article 910 du Code civil n'a cessé d'être modifié, faisant de la libre acceptation des libéralités le principe et de l'autorisation préalable une exception. Entre ces deux extrémités, une situation intermédiaire a été créée : une acceptation libre sous réserve de la non-opposition de l'autorité de tutelle. Une réforme de juillet 2015 a largement vidé cette dernière hypothèse de sa substance au profit de la première. Pourtant, l'évolution de la matière commanderait, *de lege ferenda*, de lui consacrer une place bien plus importante.

242. Plan. Plutôt que d'appréhender séparément les règles relatives à la capacité de jouissance et celles concernant la capacité d'exercice, leur étude doit être regroupée. Les philosophies qui les gouvernent se rejoignent ; les modifications dont elles ont fait l'objet participent d'un même élan. En revanche, les conséquences à déduire de cette évolution se distinguent. Pour bien en prendre conscience, il est nécessaire dans un premier temps de présenter les règles relatives à la capacité de recevoir. Une fois cette présentation faite, il sera possible d'en proposer une critique.

Ainsi, l'étude des règles de capacité (Section I) aboutira à une critique de celles-ci (Section II).

Section I. Étude des règles de capacité

243. Définitions. Les règles de capacité sont nombreuses. Chaque groupement est soumis à un régime qui est propre à sa nature ou au statut qu'il a acquis, par exemple un agrément ou une reconnaissance d'utilité publique. Ces règles sont de deux types. Les premières concernent la capacité de jouissance qui vise « l'aptitude à devenir titulaire d'un droit ou d'une obligation »²¹. En matière de libéralités à caractère collectif, se pose la question de savoir si les groupements peuvent ou non recevoir des libéralités, c'est-à-dire acquérir des droits à titre gratuit. À la reconnaissance de la capacité de jouissance n'est pas nécessairement attachée une entière capacité d'exercice. Il s'agit de « l'aptitude à faire valoir par-soi même et seul un droit dont on est titulaire sans avoir besoin d'être représenté ni assisté à cet effet par un tiers »²². Du côté des libéralités à caractère collectif, la capacité d'exercice interroge sur la possibilité des bénéficiaires de ces libéralités à les accepter seuls, c'est-à-dire sans le recours à l'autorité de tutelle administrative.

L'étude des règles de capacité en matière de libéralités à caractère collectif commande de distinguer la capacité de jouissance (§1) de la capacité d'exercice (§2).

§1. La capacité de jouissance

244. Capacité et personnalité morale. La question de la capacité juridique du bénéficiaire est intimement liée à celle de la personnalité morale²³. Pourtant, la reconnaissance de celle-ci n'induit pas nécessairement l'octroi d'une capacité juridique totale. À cet égard, on distingue traditionnellement deux types de personnalité morale. La « *grande personnalité morale* » qui permet au groupement de participer à tous les actes de la vie civile au même titre que les personnes physiques et la « *petite personnalité morale* » qui limite les actes susceptibles de

²¹V. G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., Paris : PUF, 2014, coll. « Quadrige », v^o *Capacité de jouissance*.

²²V. *ibidem*, v^o *Capacité d'exercice*.

²³Sur le rapprochement dans l'histoire de ces deux concepts, V. R. CLEMENS, *Personnalité morale et personnalité juridique*, préf. L. LE FUR, Liège, impr. G. Thone ; Paris, Sirey, 1935, p. 6 et s.

lui profiter. Cette division a pu être critiquée. Il a été soutenu, à juste titre, que la personnalité morale est unique et que c'est davantage l'étendue de la capacité juridique qui varie²⁴, de sorte qu'il convient mieux de parler de grande ou de petite capacité juridique²⁵.

Dans la majorité des cas, la loi détermine précisément les contours de la capacité juridique de recevoir des libéralités des différents groupements. En outre, en refusant la personnalité juridique à certains d'entre eux, elle leur refuse subséquemment la capacité juridique qui y est associée. C'est le cas pour les fondations abritées. Enfin, il est de rares hypothèses dans lesquelles la loi est silencieuse sur la capacité d'un groupement de sorte que les débats sur le point de savoir si la grande capacité juridique doit constituer ou non une exception pourraient bien ressurgir.

Finalement, trois hypothèses peuvent être distinguées selon l'attitude du législateur. Dans la majorité des cas, il a pris position : la capacité est octroyée par la loi (A) ou refusée par elle s'agissant des fondations abritées (B). À défaut, se pose la question de la capacité dans le silence de la loi (C).

A. La capacité octroyée par la loi

Selon les cas, la loi va octroyer au groupement qu'elle institue la « petite capacité juridique » (1) ou la « grande capacité juridique » (2).

1. La « petite capacité juridique »

En réalité la loi, lorsqu'elle octroie la capacité juridique à un groupement, ne lui interdit jamais complètement de recevoir des libéralités. Dans certains cas, elle va simplement limiter la capacité de certains groupements de recevoir des libéralités privées. Ils pourront alors recevoir des libéralités publiques. Dans d'autres cas, la loi va interdire uniquement à certains groupements de recevoir des libéralités publiques. Ils jouiront, pour l'essentiel, d'une grande capacité de recevoir des libéralités privées.

Ainsi, il convient de distinguer la capacité limitée de recevoir des libéralités privées (a) des incapacités de recevoir des libéralités publiques (b).

²⁴V. N. MATHEY, *Recherche sur la personnalité morale en droit privé*, thèse de doctorat en droit, Paris : Université Paris II, 2001, n^{os} 712 et s., p. 334 et s.

²⁵V. *ibidem*, n^{os} 743 et s., p. 351 et s.

a. *La capacité limitée de recevoir des libéralités privées*

Aucun des groupements défendant des intérêts collectifs n'est, à l'heure actuelle, véritablement incapable de recevoir des libéralités privées de manière absolue. Leur capacité d'être gratifiés est simplement limitée. Sont visés les associations simplement déclarées (i), les partis politiques (ii), les groupements s'occupant de personnes vulnérables (iii) et les fondations d'entreprise (iv).

i. *Les associations simplement déclarées*

245. Associations de droit commun : loi du 1^{er} juillet 1901. Les associations simplement déclarées, qui se forment librement²⁶, ne peuvent recevoir ni donations ni legs²⁷. En revanche, il a toujours été admis qu'elles puissent être bénéficiaires de subventions publiques²⁸. En outre, une pratique administrative extrêmement libérale s'est rapidement développée afin de leur permettre de recevoir des dons manuels²⁹. Bien que contestée³⁰, le législateur consacra cette pratique en 1987³¹. Depuis, l'article 6 de la loi du 1^{er} juillet 1901 précise que toute association régulièrement déclarée peut recevoir des dons manuels et des subventions publiques.

Dans la mesure où ces associations ne peuvent recevoir des immeubles par voie de libéralité, il est logique que la doctrine et la jurisprudence aient cru nécessaire de requalifier les apports immobiliers aux associations comme des actes à titre onéreux, sauf à condamner l'institution³².

Des restrictions de moindre importance existent du côté des partis politiques.

²⁶L. du 1^{er} juillet 1901, art. 2 et 5.

²⁷L. du 1^{er} juillet 1901, art. 6.

²⁸V. *ibidem*.

²⁹V. R. DEMOGUE, « Capacité d'acquérir des associations déclarées », *RTD civ.* 1931, p. 1 et s. ; Rép. min. n° 5546, JO AN Q, 30/05/1957, p. 2672.

³⁰V. Rapp. AN 1986-1987, n° 836, p. 144 et s., citant une étude de M. POMEY sur « les dons manuels aux associations et aux fondations ».

³¹V. JO Sénat CR 1987, n° 30, p. 1353 ; JO Sénat CR 1987, n° 56, p. 3017.

³²V. *supra*, n° 133.

ii. Les partis politiques

246. Une incapacité relative de suspicion : première hypothèse. Parmi les associations, certaines jouissent d'un statut particulier auquel est attachée une capacité spéciale de recevoir des libéralités. Tel est le cas pour les partis politiques et leurs associations de financement, qui se constituent librement³³. Leur capacité est doublement encadrée. D'abord, ils ne peuvent recevoir d'une même personne physique des libéralités dépassant un certain montant au cours d'une même année³⁴. Ensuite, ils sont incapables de recevoir des libéralités d'une personne morale, sauf des autres groupements ou partis politiques³⁵. Ce faisant, le législateur les a soumis à une véritable « incapacité relative de suspicion »³⁶.

La capacité des groupements s'occupant de personnes vulnérables est de la même manière encadrée.

iii. Les groupements s'occupant de personnes vulnérables

247. Une incapacité relative de suspicion : seconde hypothèse. Une seconde série d'incapacités relatives de suspicion est prévue pour les groupements hébergeant ou s'occupant de personnes vulnérables. L'article 909 du Code civil prévoit, en ce sens, que les personnes morales, au nom desquelles les mandataires judiciaires à la protection des majeurs exercent leurs fonctions, ne peuvent profiter de libéralités des personnes dont ces derniers ont la charge, et cela quelle que soit la date de la libéralité. Le Code de l'action sociale et des familles limite, pareillement, la capacité de recevoir de certains établissements sociaux et médico-sociaux privés comme publics, à savoir ceux soumis à autorisation ou à déclaration au sens dudit Code³⁷. Les personnes morales propriétaires de ces établissements ainsi que les associations dont les bénévoles interviennent dans ces derniers ne peuvent recevoir des libéralités de la part des personnes qui y sont hébergées³⁸, exception faite des libéralités

³³L. n° 88-227 du 11 mars 1988, art. 7.

³⁴L. n° 88-227 du 11 mars 1988, art. 11-4, al. 1^{er}. Le seuil est fixé à 7 500 € par an.

³⁵L. n° 88-227 du 11 mars 1988, art. 11-4, al. 3.

³⁶V. M. GRIMALDI, *Droit civil : Libéralités, partages d'ascendants*, Paris : Litec, 2000, n° 1677, p. 501. Adde W. MASTOR, « Don et politique », in N. JACQUINOT (dir), *Le don en droit public*, Toulouse, Presse de l'Université de Toulouse ; Paris, LGDJ-Lextenso éd., 2013, coll. « Actes de colloque », t. 17, p. 229 et s.

³⁷Ces établissements sont respectivement définis aux articles L. 312-1 et L. 321-1 et s. du Code de l'action sociale et des familles.

³⁸CASF, art. L. 331-4.

rémunératoires³⁹. À la différence de la première hypothèse, l'incapacité cesse une fois que la personne a quitté l'établissement⁴⁰. La date de la libéralité est donc importante. En revanche, la circonstance que le disposant n'est pas mort de la dernière maladie pour laquelle il était hébergé est indifférente⁴¹. Toutes ces incapacités ont été instaurées en raison des risques de captation⁴². Pour autant, elles n'ont, curieusement, pas été étendues aux établissements de santé qui peuvent largement recevoir des libéralités⁴³ alors même que leur capacité d'exercice est limitée⁴⁴.

Enfin, la capacité des fondations d'entreprise est également réduite.

iv. Les fondations d'entreprise

248. Un mécénat des particuliers limité. Créées comme des outils en faveur du mécénat des sociétés civiles et commerciales, des établissements publics à caractère industriel et commercial, des coopératives, des institutions de prévoyance et des mutuelles, les fondations d'entreprise ont vu leur capacité de recevoir des libéralités des particuliers limitée par le législateur afin de préserver la spécificité des fondations reconnues d'utilité publique⁴⁵. Dès lors, les fondations d'entreprise ne peuvent recevoir des libéralités, y compris des dons manuels, sauf s'ils sont réalisés par certaines personnes proches de l'entreprise fondatrice ou du groupe à laquelle celle-ci appartient⁴⁶. Elles ne peuvent pas davantage faire appel à la

³⁹V. Civ. 1^{re}, 20 mars 1990, n° 88-16.454, *Bull. civ. I*, n° 67, *D.* 1991, p. 213, note J. MASSIP.

⁴⁰V. Civ. 1^{re}, 24 octobre 2000, n° 98-17.341, *Bull. civ. I*, n° 270 ; *Dr. famille* 2000, comm. 146, note B. BEIGNIER.

⁴¹V. Civ. 1^{re}, 20 mars 1990, précité.

⁴²Selon la Cour de cassation, ce second texte a pour but « de protéger des risques de captation les personnes, hébergées dans certains établissements, qui vivent le plus souvent dans une situation de dépendance à l'égard des membres de l'établissement » (V. *ibidem*). Il en est de même sur le terrain de l'article 909 du Code civil (V. Rapp. AN 2007, n° 3557, p. 228). Par ailleurs, l'incapacité des associations dont les membres interviennent dans les établissements médico-sociaux a pour but d'« empêcher que certains mouvements sectaires, dont l'existence légale repose le plus souvent sur la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association, n'abusent de la faiblesse de personnes socialement, psychologiquement ou mentalement fragiles, afin de leur extorquer leurs biens » (V. *ibidem*, p. 299).

⁴³Parmi ces établissements, les centres de cancer font l'objet d'une attention particulière. Après avoir posé le principe que de tels centres sont des personnes morales de droit privé, le Code de la santé publique leur reconnaît la possibilité de recevoir des dons et legs (C. santé publ., art. L. 6162-2). Pour une illustration d'une hypothèse complexe, V. Civ. 1^{re}, 26 janvier 1994, n° 91-22.361, *Bull. civ. I*, n° 36 ; *D.* 1994, p. 523, note J. MASSIP ; *D.* 1994, p. 230, obs. G. PAISANT.

⁴⁴V. *infra*, n° 276.

⁴⁵V. JO Sénat CR 1990, n° 15, p. 584.

⁴⁶La loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 est venue élargir la liste des personnes pouvant réaliser une libéralité au profit d'une fondation d'entreprise. Le nouvel article 19-8 *in fine* de la loi n° 87-571 du 23 juillet 1987 vise désormais « les salariés, mandataires sociaux, sociétaires, adhérents ou actionnaires de l'entreprise fondatrice ou des entreprises du groupe ». Pour autant, l'article 200 du Code général des impôts n'a pas encore été modifié pour prendre en compte cette évolution. Il ne vise que la première catégorie de bienfaiteurs de sorte que le bénéficiaire de l'exonération fiscale, attachée à la libéralité, devrait être exclu. Cette disposition devait être modifiée à l'occasion d'une loi de finance (V. Avis Sénat 2013-2014, n° 70, p. 25). Elle n'a pas encore eu lieu.

générosité du public⁴⁷ ou posséder des immeubles non nécessaires à leur fonctionnement⁴⁸. En revanche, elles peuvent recevoir des subventions publiques⁴⁹.

Bien qu'elles ne jouissent que d'une « petite capacité juridique », les fondations d'entreprise ne se créent pas librement. Leur constitution est soumise à une autorisation par arrêté du préfet du département du siège de la fondation⁵⁰, laquelle peut être réputée acquise tacitement⁵¹. Ce dernier est tenu de s'assurer du respect des conditions posées par le législateur, au rang desquelles il est curieux de ne pas trouver le contrôle de l'objet de la fondation⁵².

Les incapacités de recevoir des libéralités privées sont, finalement, relatives à la différence des incapacités de recevoir des libéralités publiques qui sont absolues.

b. Les incapacités de recevoir des libéralités publiques

Le législateur refuse la capacité de recevoir des libéralités publiques à deux catégories de groupement : les groupements religieux (i) et les fonds de dotation (ii).

i. Les groupements religieux

249. Associations et culte. En vertu du principe de séparation des Églises et de l'État, l'État ainsi que, par extension, toutes les personnes morales de droit public ont l'interdiction subventionner les cultes⁵³. Ainsi, les associations liées au culte ne sauraient recevoir de subventions publiques alors que la majorité d'entre elles peuvent recevoir des libéralités privées. Il existe plusieurs catégories de groupements religieux.

⁴⁷L. n° 87-571 du 23 juillet 1987, art. 19-8 *in fine*.

⁴⁸L. n° 87-571 du 23 juillet 1987, art. 19-3.

⁴⁹L. n° 87-571 du 23 juillet 1987, art. 19-8 2°.

⁵⁰L. n° 87-571 du 23 juillet 1987, art. 19-1 ; D. n° 91-1005 du 30 septembre 1991, art. 1^{er}. Si la loi et les décrets sont muets sur la nature de l'autorisation administrative à l'origine de ces fondations, la circulaire du 17 octobre 1991 relative aux fondations d'entreprise propose en annexe deux modèles d'arrêtés d'autorisation ou de rejet de la demande.

⁵¹Après quatre mois à compter du dépôt de la demande.

⁵²Selon le décret précité, il appartient au préfet de s'assurer de la régularité du fonctionnement de la fondation d'entreprise conformément aux dispositions de la loi, c'est-à-dire vérifier le respect par le groupement des différentes conditions (durée minimale prévue – cinq ans ; respect du montant minimal du programme pluriannuel – 150 000 € ; gouvernance assurée par un conseil d'administration ou un directoire et un conseil de surveillance). Il serait opportun que le préfet s'assure également que le groupement est bien constitué « en vue de la réalisation d'une œuvre d'intérêt général » quand bien même les textes ne lui confèrent pas expressément ce rôle.

⁵³L. du 9 décembre 1905, art. 2 (V. *supra*, note n° 216, ss n° 48.). *Adde* C. BENELBAZ, *Le principe de laïcité en droit public français*, préf. B. PACTEAU, Paris : l'Harmattan, 2011, coll. « Logiques juridiques », p. 465 et s.

Les *congrégations religieuses* sont les plus anciennes⁵⁴. Ce sont des groupements de personnes physiques qui se caractérisent par leur « soumission à des vœux et une vie en commun selon une règle approuvée par une autorité religieuse »⁵⁵. La qualification de congrégation n'est pas libre. Le Conseil d'État considère que les groupements réunissant ces quatre caractères⁵⁶ doivent se soumettre au lourd régime d'autorisation qui les concerne⁵⁷ : elles doivent être autorisées par décret rendu sur avis conforme du Conseil d'État⁵⁸. Une fois cette autorisation acquise, elles jouissent de la pleine capacité juridique de recevoir des libéralités privées⁵⁹.

À côté des congrégations religieuses, se trouvent les *associations cultuelles*⁶⁰. Ce sont celles ayant « exclusivement pour objet l'exercice du culte »⁶¹. Elles jouissent de la pleine capacité juridique de recevoir des libéralités privées « destinées à l'accomplissement de leur objet ou

⁵⁴La notion était initialement dévolue aux communautés catholiques. Cependant, une interprétation souple de ces conditions a permis au Conseil d'État d'élargir la qualification à d'autres communautés religieuses, notamment orthodoxes dans un premier temps (V. CE, *Études et documents : rapport public 1989*, Paris : la Documentation française, 1990, coll. « ECDE », n° 41, p. 80), puis hindouistes dans un second temps (V. CE, 1^{er} juillet 1997, avis n° 359161).

⁵⁵V. CE, 14 novembre 1989, avis n° 346590, in CE, *Études et documents : rapport public 1989*, op. cit., p. 246.

⁵⁶Il faut caractériser les vœux, la vie commune, ce qui s'oppose à la dispersion des membres regroupés en trop petit nombre dans des établissements très éloignés les uns des autres (V. CE, *Études et documents : rapport public 2002*, Paris : la Documentation française, 2002, coll. « ECDE », n° 53, p. 77), la règle, l'approbation. Plus largement, V. X. DELSOL, A. GARAY et E. TAWIL, *Droit des cultes : personnes, activités, biens et structures*, Lyon, Juis éd. ; Paris, Dalloz, 2005, coll. « Référence », p. 539 et s. La caractérisation de ces critères est faite selon la méthode du faisceau d'indices (V. A. MESTRE, « La séparation des pouvoirs dans l'Église », *RDP* 1996, p. 1265 et s., n° 3).

⁵⁷Par conséquent, un groupement répondant à cette définition ne saurait emprunter une autre forme juridique (V. CE, 14 novembre 1989, avis n° 346590, précité).

⁵⁸L. 1^{er} juillet 1901, art. 13. Le décret du 16 août 1901 précise la procédure à suivre en vue d'obtenir cette reconnaissance. La demande est adressée au ministre de l'Intérieur avec un certain nombre de pièces justificatives. Après instruction, celui-ci transmet le dossier pour avis au Conseil d'État, qui ne donne un avis favorable qu'après avoir contrôlé les statuts qui lui sont soumis et sous réserve que le groupement respecte tant l'ordre public (lutte contre les phénomènes dits sectaires) que les libertés individuelles de ses membres. Ainsi, le Conseil d'État s'oppose par exemple à cette reconnaissance quand les statuts n'ont pas soumis les membres de la congrégation à l'autorité de la juridiction ordinaire (D. du 16 août 1901, art. 19) ou lorsqu'ils contiennent des clauses contradictoires, imprécises ou lacunaires (V. CE, *Études et documents : rapport public 1999*, Paris : la Documentation française, 2000, coll. « ECDE », n° 50, p. 79). En outre, le Conseil d'État, dans de nombreux avis, refuse la reconnaissance eu égard à l'illicéité des vœux perpétuels (V. notamment CE, 6 décembre 1990, avis n° 348023 in CE, *Rapport public 1990*, op. cit., p. 83). De la même manière, le Conseil d'État s'assure du respect des droits de la défense au sein du groupement, du droit au libre départ des membres, du respect de la jouissance du droit de propriété sur leurs biens, l'incessibilité partielle des sommes dues à titre de rémunération et l'incessibilité totale des pensions et rentes d'invalidité (V. CE, *Rapport public 1999*, op. cit., p. 79 ; CE, *Rapport public 2002*, op. cit., p. 77 ; CE, 26 mars 1997, avis n° 360076 : contre la possibilité d'exclusion d'un membre sans audition préalable ; CE, 21 octobre 1997, avis n° 361117 : contre la nécessité d'obtenir l'autorisation d'un supérieur pour quitter l'institut).

⁵⁹Pendant longtemps, la reconnaissance de la grande capacité juridique découlait d'une assimilation des congrégations aux associations reconnues d'utilité publique au sein de la loi du 1^{er} juillet 1901 (V. J.-P. MARGUÉNAUD et B. DAUCHEZ, « Les libéralités à caractère collectif », in M. GRIMALDI (dir.), *Droit patrimonial de la famille*, 5^e éd., Paris : Dalloz, 2014, coll. « Dalloz Action », n° 372.11, p. 1129). Depuis 2005, elle fait l'objet d'une reconnaissance tacite au sein de l'article 910 du Code civil qui prévoit les modalités d'acceptation des libéralités qui leur sont adressées.

⁶⁰L. du 9 décembre 1905, art. 19. À noter que les associations diocésaines constituent une catégorie spéciale d'associations cultuelles pour le culte catholique (V. F. MESSNER, P.-H. PRÉLOT et J.-M. WOEHRLING, *Droit français des religions*, 2^e éd., Paris : LexisNexis, 2013, coll. « Traités », nos 1966 et s., p. 1255 et s.).

⁶¹Ce qui correspond à des activités « telles que l'acquisition, la location, la construction, l'aménagement et l'entretien d'édifices servant au culte ainsi que l'entretien et la formation des ministres et autres personnes concourant à l'exercice du culte » (V. CE, 14 novembre 1989, avis n° 346040).

grevées de charges pieuses ou culturelles »⁶². Afin de bénéficier de celle-ci, leur qualité doit être reconnue par l'autorité déconcentrée de l'État⁶³ qui contrôle l'objet exclusivement cultuel du groupement, mais également la conformité du groupement aux « règles d'organisation générale du culte dont il se propose d'assurer l'exercice »⁶⁴ dans le respect de l'ordre public⁶⁵.

En revanche, les autres associations confessionnelles ne jouissent pas de la pleine capacité juridique de recevoir des libéralités privées. Il s'agit des associations dites « loi de 1907 » dont l'objet dépasse le seul exercice du culte⁶⁶. Elles sont soumises au régime des associations ordinaires, c'est-à-dire à la loi du 1^{er} juillet 1901, tant pour leur constitution que pour leur capacité juridique⁶⁷. À ce titre, elles pourront bénéficier de dons manuels⁶⁸.

L'impossibilité de subventionner certains groupements ne tient pas au seul principe de neutralité des pouvoirs publics. Les fonds de dotation ne peuvent pas davantage être bénéficiaires de libéralités publiques.

ii. Les fonds de dotation

250. Un outil attractif de fonds privés. Une seconde catégorie de groupement fait l'objet d'une limitation de sa capacité de recevoir des libéralités publiques. Il s'agit des *fonds de dotation*. Leur constitution est totalement libre⁶⁹. L'absence de tout contrôle des pouvoirs publics est critiquable dans la mesure où la constitution d'un fonds de dotation est soumise à deux conditions cumulatives. D'une part, l'objet du groupement est strictement encadré. Il s'agit d'une personne morale à but non lucratif défendant des causes d'intérêt général.

⁶²L. du 9 décembre 1905, art. 19.

⁶³V. *infra*, n° 292.

⁶⁴L. du 9 décembre 1905, art. 19. En d'autres termes, une association qui prétendrait relever d'une confession religieuse alors que les autorités de celles-ci refusent de la reconnaître ne saurait pouvoir accéder à ce statut (V. CE, 13 décembre 1923, avis n° 185707, in CE, *Études et documents : rapport public 2004*, Paris : la Documentation française, 2004, coll. « ECDE », n° 55, p. 418).

⁶⁵V. CE, 24 octobre 1997, *Association locale pour le culte des témoins de Jéhovah de Riom*, n° 187122, *Rec.* p. 232 ; *RFDA* 1998, p. 61, concl. J. ARRIGHI de CASANOVA ; *RFDA* 1998, p. 69, note G. GONZALES ; CE, 23 juin 2000, *Association locale pour le culte des témoins de Jéhovah de Clamecy*, n° 215109, *Rec.* p. 242 ; *RDP* 2000, p. 1839, concl. G. BACHELIER ; *RDP* 2000, p. 1825, note A. GARAY et Ph. GONI ; *AJDA* 2000, p. 597, obs. M. GYOMAR et P. COLLIN ; CE, 28 avril 2004, *Association cultuelle du Vajra triomphant*, n° 248467, *Rec.* p. 591 ; *AJDA* 2004, p. 1367, concl. S. BOISSARD ; *JCP A* 2004, 1402, note É. TAWIL. Cette condition permet notamment de lutter contre le phénomène sectaire. V. C. LECLERC, « Le statut d'association cultuelle et les sectes », *RFDA* 2005, p. 565 et s.

⁶⁶De telles associations n'ont pas pour but exclusif l'organisation du culte, mais peuvent poursuivre d'autres activités (sociales, culturelles telles que l'édition, éducative, etc.).

⁶⁷L. du 2 janvier 1907, art. 4.

⁶⁸V. *supra*, n° 245.

⁶⁹L. n° 2008-776 du 4 août 2008, art. 140, II.

D'autre part, depuis le 1^{er} août 2014, les fondateurs doivent lui apporter une dotation initiale⁷⁰. Le préfet doit pouvoir s'opposer à la constitution des fonds ne respectant pas cette double exigence⁷¹.

Si les fonds de dotation jouissent de la « grande capacité » de recevoir des libéralités privées⁷², il leur est interdit de recevoir des « fonds public[s], de quelque nature qu'il soit »⁷³. Une exception est néanmoins prévue « pour une œuvre ou un programme d'actions déterminé, au regard de son importance ou de sa particularité »⁷⁴. Dans ce cas, une autorisation doit être obtenue par arrêté ministériel⁷⁵.

Dans la mesure où la constitution d'un fonds de dotation implique désormais l'existence d'une dotation initiale, la possibilité pour les personnes morales de droit public de fonder un tel groupement paraît incertaine⁷⁶ : toute dotation publique semble impossible sous réserve d'une autorisation ministérielle spéciale. Or, le fonds de dotation est initialement conçu comme un outil censé attirer les financements privés au service d'œuvres ou d'organismes publics⁷⁷. Il serait alors opportun de préciser que les fonds de dotation ne peuvent recevoir de fonds publics au cours de leur vie, mais que la dotation initiale peut être apportée par une personne publique. Ce serait reconnaître la validité d'une dotation publique.

Les groupements ne jouissant pas de la grande capacité juridique sont, finalement, assez nombreux tout comme ceux auxquels la loi reconnaît la « grande capacité juridique ».

2. La « grande capacité juridique »

251. Entre reconnaissance expresse et tacite. Les personnes morales jouissant de la « grande capacité juridique » sont encore plus nombreuses. Il sera tenu pour acquis le fait que tous les groupements de droit privé, étudiés à ce stade, peuvent bénéficier de libéralités publiques. Sous réserve des hypothèses précédentes, les personnes morales de droit public

⁷⁰V. *supra*, n° 85.

⁷¹La loi impose au préfet de s'assurer de la régularité du fonctionnement du fonds de dotation une fois que celui-ci est créé (L. n° 2008-776 du 4 août 2008, art. 140, IV). Il s'agit d'un contrôle *a posteriori*. Il est précisé que constitue un dysfonctionnement grave « le fait de disposer ou de consommer tout ou partie de la dotation en capital [...] pour une cause étrangère à la réalisation des œuvres ou des missions d'intérêt général » (D. n° 2009-158 du 11 février 2009, art. 9). Un tel contrôle devrait permettre *a posteriori* de sanctionner un fonds qui ne respecterait pas les exigences de constitution depuis l'origine.

⁷²L. n° 2008-776 du 4 août 2008, art. 140, III, al. 1^{er}.

⁷³L. n° 2008-776 du 4 août 2008, art. 140, III, al. 3.

⁷⁴V. *ibidem*.

⁷⁵Par un arrêté conjoint des ministres chargés de l'Économie et du Budget.

⁷⁶V. *supra*, n° 85.

⁷⁷V. Rapp. Sénat 2007-2008, n° 413, p. 502.

sont libres de subventionner les groupements de droit privé sous une double condition⁷⁸ : la subvention doit être motivée par des considérations d'intérêt général⁷⁹ ; elle doit respecter la réglementation relative aux aides d'État⁸⁰.

La « grande capacité » de recevoir des libéralités n'apparaît pas de manière uniforme dans la loi. Dans de nombreux cas, le législateur est venu reconnaître expressément cette capacité en prévoyant que le groupement en question peut recevoir des libéralités. Dans d'autres hypothèses, cette reconnaissance n'est que tacite soit que le législateur vise les « dons et legs » parmi les ressources de ce dernier⁸¹, soit qu'il se borne à définir les modalités d'acceptation des libéralités reçues par certains groupements. En encadrant la capacité d'exercice, la loi reconnaît implicitement, mais nécessairement une « grande capacité de jouissance »⁸².

Parmi les groupements jouissant de la pleine capacité juridique, certains méritent une attention particulière. Il s'agit des associations « labellisées » et des fondations. D'autres groupements, au contraire, n'appellent pas de remarques particulières.

L'étude de la grande capacité des associations « labellisées » (a) et des fondations (b) précédera celle des autres groupements (c).

a. Les associations « labellisées »

Parmi les associations, certaines jouissent d'un statut particulier. Initialement constituées sous la forme d'une association simplement déclarée, elles vont se voir reconnaître un statut spécial par les pouvoirs publics leur octroyant la « grande capacité juridique ». Elles ont toutes en commun de poursuivre des activités d'intérêt général. Elles peuvent être regroupées en deux grandes catégories : les associations reconnues d'utilité publique (i) et les associations assimilées à celles-ci (ii).

⁷⁸Les textes le prévoient expressément pour un certain nombre de groupements : associations (L. du 1^{er} juillet 1901) ; comités d'entreprise (C. trav., art. R. 2323-34) ; fondations reconnues d'utilité publique (Statuts-types approuvés, art. 12 – Annexe 3).

⁷⁹V. *supra*, n° 48.

⁸⁰V. *supra*, note n° 216, ss n° 48.

⁸¹Par dons, il faut comprendre toutes formes de donations.

⁸²Dans le même sens, V. C. DEMOLOMBE, *Cours de Code napoléon*, t. 18, *Traité des donations entre-vifs et des testaments*, 3^e éd., Paris : A. Durand ; L. Hachette et c^{ie}, 1867, n° 593, p. 591 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 1, 2^e éd., par L. JULLIOT de LA MORANDIÈRE, n° 908, p. 725 ; H. SOULEAU, *L'acte de fondation en droit français*, thèse de doctorat en droit, Paris : Université de Paris, 1969, p. 43 ; M. GRIMALDI, *op. cit.*, note n° 79, ss n° 1681, p. 504.

252. Une capacité élargie. Historiquement, le statut *d'association reconnue d'utilité publique* fut le premier créé⁸³. D'une certaine manière, avec la reconnaissance d'utilité publique « on couronne des efforts » déployés par le groupement⁸⁴. Ces associations ont toujours joui d'une capacité élargie par rapport aux associations simplement déclarées puisqu'elles peuvent recevoir des libéralités.

Toutefois, pendant longtemps, la grande capacité de ces associations était doublement limitée. D'une part, elles ne pouvaient être désignées bénéficiaires de *donation avec réserve d'usufruit* au profit du donateur⁸⁵. D'autre part, comme toute autre association, elles n'étaient autorisées à posséder que les *immeubles nécessaires à leur fonctionnement*, ce qui excluait les *immeubles de rapport*⁸⁶. Le législateur est successivement revenu sur ces deux limites : d'abord en 2003 pour les donations avec réserve d'usufruit⁸⁷, puis en 2014 s'agissant des limitations relatives aux acquisitions immobilières⁸⁸. Désormais, les associations reconnues d'utilité publique peuvent acquérir à titre gratuit, comme à titre onéreux, tout type d'immeuble.

253. Des conditions lourdes. La reconnaissance d'utilité publique est soumise au respect de lourdes conditions. Elle résulte d'un décret pris après *avis simple* du Conseil d'État⁸⁹ qui, en pratique, est toujours suivi⁹⁰. Aucun texte ne précise les conditions de fond à remplir⁹¹, si ce n'est que l'obtention de ladite reconnaissance n'est possible qu'à l'issue d'une période probatoire de fonctionnement de trois ans, sauf si les ressources prévisibles de l'association sur une telle période sont de nature à assurer son équilibre financier⁹². Afin de guider les

⁸³L. du 1^{er} juillet 1901, art. 11.

⁸⁴V. R. CASSIN, *Droit civil approfondi et comparé : les libéralités avec charge et les fondations*, Paris : les Cours de droit, 1939 p. 71.

⁸⁵L. du 1^{er} juillet 1901, art. 11, al. 3, anc.

⁸⁶L. du 1^{er} juillet 1901, art. 6, 3^o et 11, al. 2, anc.

⁸⁷L. du 1^{er} juillet 1901, art. 11, modifiée par L. n° 2003-709 du 1^{er} août 2003, art. 16.

⁸⁸L. du 1^{er} juillet 1901, art. 11, modifiée par L. n° 2014-856 du 31 juillet 2014, art. 76.

⁸⁹L. du 1^{er} juillet 1901, art. 10.

⁹⁰V. A. DEMICHEL, *Le contrôle de l'État sur les organismes privés : essai d'une théorie générale*, préf. J.-M. BUY, Paris : LGDJ, 1960, coll. « Bibliothèque de droit public », p. 130. Il est intéressant de noter que le guide des associations précise que le décret du premier ministre intervient après « l'avis favorable du Conseil d'État » (V. *Guide des associations*, Paris : la Documentation française, 2009, coll. « Droits et démarches », p. 12).

⁹¹En revanche, la procédure à suivre est réglementée (D. du 16 août 1901, art. 12).

⁹²L. 1^{er} juillet 1901, art. 10. Par cette disposition, résultant de la loi de 1987, le législateur a décidé de reprendre la main sur la pratique administrative qui exigeait un délai de fonctionnement de trois ans sans admettre d'exception. Le législateur a entrepris de consacrer cette pratique dans un premier alinéa tout en permettant d'y déroger en prévoyant une exception à l'alinéa suivant (V. JO AN CR 1987, n° 45, p. 3038 ; JO AN CR 1987, n° 54/1, p. 3710). Initialement, un amendement avait été déposé en vue de supprimer toute période probatoire (V. Rapp. AN 1986-1987, n° 836, p. 149).

associations souhaitant obtenir un tel label, la section de l'Intérieur du Conseil d'État publie des statuts-types⁹³.

La confrontation de ces derniers aux avis rendus à l'occasion de sa consultation permet de dresser une liste de critères à réunir⁹⁴. D'abord, le *lien entre l'utilité publique et l'intérêt général* est constamment affirmé⁹⁵. Les critères classiques de l'intérêt général, déjà rencontrés⁹⁶, doivent être réunis : des activités *non limitées aux seuls membres*⁹⁷ ; une *gestion désintéressée*⁹⁸ et *démocratique* de l'association⁹⁹. Ensuite, le Conseil d'État n'octroie ce label qu'aux associations ayant une certaine importance : d'abord de fonctionnement – influence dépassant le cadre local¹⁰⁰, au moins deux cents membres¹⁰¹, une activité importante en rapport avec son objet social¹⁰² ; ensuite financière – solidité¹⁰³, indépendance¹⁰⁴. Enfin, le

⁹³Les derniers statuts-types ont été mis à jour le 15 septembre 2009 (V. Annexe 2). À noter qu'il existe des statuts-types « spéciaux » à certaines catégories d'associations, comme pour les fédérations sportives (V. CE, *Études et documents : rapport public 1999*, Paris : la Documentation française, 2000, coll. « ECDE », n° 50, p. 78).

⁹⁴Pour une étude de ces avis, V. M. POMEY, « Le contrôle par le Conseil d'État des associations reconnues d'utilité publique », in *Études et documents : rapport public 1980*, Paris : la Documentation française, 1981, coll. « ECDE », n° 32, 1981, p. 135 et s. ; C. LAFAYE, « Utilité publique, intérêt général, utilité sociale et agréments : la quête du graal ? », *Jurisassociations* 2009, n° 403, p. 13 et s.

⁹⁵V. M. POMEY, art. précité ; Rapp. AN 1986-1987, n° 836, p. 149. *Adde* CE, 23 mars 1998, n° 180962, *Rec.*, p. 580 ; CE, Rapport public 1964-1965 et 1965-1966, cité par M. POMEY, *Traité des fondations d'utilité publique*, Paris : PUF, 1980, p. 422. *Adde* CE, *L'utilité publique aujourd'hui : étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'État le 25 novembre 1999*, Paris : la Documentation française, 1999, coll. « Les études du Conseil d'État », p. 67 ; D. LÉVY, « Réflexions sur la notion d'utilité publique », in *Service public et libertés : mélanges offerts au Professeur Robert-Édouard Charlier*, Paris : Éd. de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, p. 195 et s.

⁹⁶Les critères retenus renvoient, peu ou prou, à ceux utilisés par l'administration fiscale (V. *supra*, n° 190.).

⁹⁷V. CE, Rapport annuel 1964-1965 et 1964-1966, cité par M. POMEY, *Traité des fondations (...), op. cit.*, p. 422. *Adde* CE, *Études et documents : rapport public 2010*, Paris : la Documentation française, 2010, coll. « ECDE », n° 61, p. 137. Ainsi, son activité doit se distinguer suffisamment de l'intérêt professionnel de ses membres (V. CE, *Études et documents : rapport public 1989*, Paris : la Documentation française, 1990, coll. « ECDE », n° 41, p. 80), encore qu'« une double et traditionnelle exception » est admise en matière d'associations d'anciens combattants ou d'anciens élèves (V. M. POMEY, art. précité).

⁹⁸Les fonctions d'administrateurs doivent être exercées à titre bénévole (V. Statuts-types, art. 7 – Annexe 2). *Adde* CE, *Études et documents : rapport public 2008*, Paris : la Documentation française, 2008, coll. « ECDE », n° 59, p. 75.

⁹⁹V. CE, *Études et documents : rapport public 1981*, Paris : la Documentation française, 1982, coll. « ECDE », n° 33, p. 74 (refus que les adhérents payant une cotisation soient exclus des organes sociaux). *Adde* CE, *Rapport public 1989, op. cit.*, p. 80 ; CE, *Études et documents : rapport public 1998*, Paris : la Documentation française, 1999, coll. « ECDE », n° 49, p. 72 (tout membre, quelle que soit sa qualité, doit pouvoir participer aux assemblées générales).

¹⁰⁰V. CE, *Études et documents : rapport public 2000*, Paris : la Documentation française, 2000, coll. « ECDE », n° 51, p. 305.

¹⁰¹Ce nombre est posé à titre indicatif (V. JO AN Q, 4/03/2008, p. 1872). Le Conseil d'État précise qu'il importe peu que l'association soit composée exclusivement de personnes morales (V. CE, *Études et documents : rapport public 2005*, Paris : la Documentation française, 2005, coll. « ECDE », n° 56, p. 55).

¹⁰²V. CE, *Études et documents : rapport public 2011*, Paris : la Documentation française, 2011, coll. « ECDE », n° 62, p. 159.

¹⁰³Le Conseil d'État imposerait que les trois derniers budgets annuels soient positifs avec un budget annuel d'au moins 46 000 € (V. JO AN Q, 4/03/2008, p. 1872).

¹⁰⁴V. CE, 7 mars 1978, avis, n° 322209 ; CE, *Études et documents : rapport public 1989*, Paris : la Documentation française, 1990, coll. « ECDE », n° 41, p. 80 (indépendance vis-à-vis des personnes publiques) ; CE, 29 juillet 1989, avis, n° 327365 (indépendance vis-à-vis des sociétés) ; CE, 17 octobre 1978, avis, n° 323490 (indépendance vis-à-vis d'autres associations). En cela, les ressources de l'association doivent principalement provenir de ressources propres de sorte que les subventions publiques ne peuvent composer plus de la moitié de son budget (V. CE, avis, 6 mai 1980, n° 326901 ; JO AN Q, 4/03/2008, p. 1872). À cet égard, il convient de distinguer subvention et prix de journées (V. CE, 6 juillet 1994, n° 110494, *Rec.*, p. 343).

Conseil d'État est attaché au respect des statuts-types, encore qu'il admette qu'il soit dérogé à certaines de leurs stipulations¹⁰⁵.

Les associations reconnues d'utilité publique ne sont pas les seules à jouir de la « grande capacité juridique ». Il en va de même de certaines associations dites assimilées aux associations reconnues d'utilité publique.

ii. *Les associations assimilées aux associations reconnues d'utilité publique*

254. Associations assimilées traditionnelles. À côté des associations reconnues d'utilité publique, certaines associations jouissent d'un statut spécifique qui permet de les rapprocher, au regard de la capacité juridique, de ces premières associations : ce sont des associations assimilées¹⁰⁶. Dès 1933, le législateur a décidé de conférer la « grande capacité juridique » à certaines associations simplement déclarées poursuivant certaines activités. À l'époque, les associations de bienfaisance étaient seules visées¹⁰⁷. Plus tard, le Parlement a élargi les contours de cette catégorie et l'a intégrée au sein de la loi du 1^{er} juillet 1901¹⁰⁸. Jouissaient de la pleine capacité juridique les associations qui avaient pour *but exclusif l'assistance, la bienfaisance, la recherche scientifique ou médicale*¹⁰⁹.

Souhaitant étendre encore davantage la capacité des associations simplement déclarées, le législateur a récemment substitué une nouvelle catégorie à l'ancienne. Selon le nouvel article 6 de la loi du 1^{er} juillet 1901, tel qu'issu de la loi du 31 juillet 2014¹¹⁰ :

Les associations déclarées depuis trois ans au moins et dont l'ensemble des activités est mentionné au b du 1 de l'article 200 du code général des impôts peuvent en outre :

- a) Accepter les libéralités entre vifs ou testamentaires, dans des conditions fixées à l'article 910 du code civil ;
- b) Posséder et administrer tous immeubles acquis à titre gratuit¹¹¹.

¹⁰⁵Le Conseil d'État a précisé qu'il existait trois catégories de clauses, à savoir des clauses obligatoires auxquelles il n'est pas possible de déroger, les simples recommandations, et celles auxquelles il n'est possible de déroger que de manière limitée (V. CE, *Études et documents : rapport public 2008*, Paris : la Documentation française, 2008, coll. « ECDE », n° 59, p. 158).

¹⁰⁶Selon une expression consacrée (V. M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1676, p. 498).

¹⁰⁷L. du 14 janvier 1933, art. 14.

¹⁰⁸L. n° 87-571 du 23 juillet 1987, art. 16.

¹⁰⁹L. du 1^{er} juillet 1901, art. 6 *in fine*, anc.

¹¹⁰L. n° 2014-856 du 31 juillet 2014, art. 74.

Malgré une rédaction obscure, il résulte de cette loi que *toutes les associations d'intérêt général ont désormais la « grande capacité juridique »*¹¹², sous une double condition : le respect d'une période probatoire de trois ans¹¹³ ; la *nature exclusive* desdites activités¹¹⁴.

Ce faisant, le législateur aligne opportunément les règles civiles concernant la capacité juridique sur celles fiscales relatives aux exonérations attachées aux libéralités¹¹⁵. Sous l'empire du droit antérieur, il n'était pas rare qu'une association assimilée, selon les règles de droit civil, se voie refuser par l'administration fiscale la qualité d'association d'intérêt général¹¹⁶. De telles divergences ne devraient plus se reproduire même si les administrations compétentes dans chacune de ces matières sont distinctes¹¹⁷. Un récent décret¹¹⁸ est, en effet, venu affirmer que les conditions posées par la loi sont présumées satisfaites lorsque l'association a bénéficié d'un rescrit fiscal qui lui est favorable¹¹⁹.

255. Les unions d'associations familiales. Il existe une seconde catégorie d'association assimilée. Il s'agit des *unions d'associations familiales agréées*. Elles tendent à regrouper des associations familiales qui ont pour « but essentiel la défense de l'ensemble des intérêts matériels et moraux, soit de toutes les familles, soit de certaines catégories d'entre elles »¹²⁰. Lorsque ces unions ont obtenu un *agrément*, elles « jouissent de plein droit de la capacité juridique des associations reconnues comme établissements d'utilité publique »¹²¹.

Le législateur a prévu une attribution des *agrément en cascade*. Il appartient à l'autorité administrative, prise en la personne du ministre chargé de la famille, d'agréer la seule union nationale. Quant aux unions locales, elles sont agréées par les unions départementales, elles-mêmes agréées par l'union nationale. En d'autres termes, l'acquisition de la grande capacité juridique est soumise à un système d'*agrément privés*. Un tel mécanisme n'est pas inconnu. Il a déjà été rencontré en matière de compte d'association et d'affiliation, encore que dans ces

¹¹¹Ce qui constitue une différence avec les associations reconnues d'utilité publique qui peuvent acquérir ces immeubles tant à titre gratuit qu'à titre onéreux.

¹¹²Les activités énumérées par ce texte sont d'intérêt général (V. *supra*, n° 190.). *Adde* Rapp. Sénat 2013-2014, n° 84, p. 169 ; Rapp. AN 2014, n° 1891, p. 325.

¹¹³Qui rappelle le délai imposé, en principe, en matière d'associations reconnues d'utilité publique (V. *supra*, n° 253.).

¹¹⁴V. JO AN CR, 2014, n° 44/2, p. 3150.

¹¹⁵V. *supra*, n°s 190. et s.

¹¹⁶V. Circ. du 23 juin 2010, NOR : IOCD1016586C.

¹¹⁷Encore que les solutions retenues par l'Administration fiscale devraient guider les services préfectoraux. Les travaux parlementaires montrent que la notion d'association d'intérêt général fait l'objet d'un champ précis en raison de la « jurisprudence fiscale » (V. Rapp. AN 2014, n° 1981, p. 325). Ils y renvoient implicitement.

¹¹⁸D. n° 2015-832 du 7 juillet 2015, art. 4.

¹¹⁹D. n° 2007-807 du 11 mai 2007, art. 1^{er}. Sur le rescrit fiscal, V. *supra*, n° 190.

¹²⁰CASF, art. L. 211-1, al. 1^{er}.

¹²¹CASF, art. L. 211-7, al. 4.

hypothèses, il n'a pas pour effet de conférer la personnalité juridique aux associations agréées¹²².

Outre les associations d'intérêt général, la plupart des fondations jouissent également d'une « grande capacité juridique ».

b. Les fondations

Au sein des fondations jouissant de la pleine capacité juridique, les fondations reconnues d'utilité publique (i) sont distinctes des fondations spéciales (ii).

i. Les fondations reconnues d'utilité publique

256. Une pleine capacité. Parmi les groupements dont l'étude mérite une attention toute particulière, les fondations reconnues d'utilité publique sont de loin les plus importantes dans la mesure où elles sont la conséquence d'un *acte de fondation, c'est-à-dire d'une libéralité à caractère collectif*¹²³. En outre, elles constituent la forme de fondation de droit commun. Leur pleine capacité juridique n'est reconnue par aucun texte de manière expresse. Elle est prévue par diverses stipulations des statuts-types élaborés par le Conseil d'État¹²⁴. Elle résulte également implicitement de l'article 910 du Code civil qui a toujours visé les établissements d'utilité publique. Si les fondations peuvent bénéficier de subventions publiques, le Conseil d'État refuse que la dotation initiale provienne majoritairement de fonds publics¹²⁵, bien qu'il ait pu tempérer sa position dans certaines hypothèses¹²⁶. En principe, la dotation initiale doit donc avoir une origine essentiellement privée¹²⁷.

257. Les conditions de constitution. À la différence des associations pour lesquelles la reconnaissance d'utilité publique confère seulement un statut particulier à des associations

¹²²V. *supra*, n° 153.

¹²³V. *supra*, n° 81.

¹²⁴V. Statuts-type, art. 7 et 9 (Annexe 3).

¹²⁵CE, 13 juillet 1976, avis, n° 317.076, cité par M. POMEY, *op. cit.*, p. 415 ; CE, 12 octobre 1976, avis, n° 318203, cité par M. POMEY, *op. cit.*, p. 416.

¹²⁶Tenant compte de la vocation très particulière de la fondation à créer (fondation de la Shoah), le Conseil d'État a pu admettre la participation majoritaire de l'État pour la constitution de la dotation (V. CE, *Rapport annuel 2002*, *op. cit.*, p. 76). *Adde* CE, *Études et documents : rapport public 2006*, Paris : la Documentation française, 2006, coll. « ECDE », n° 57, p. 59 (limitant à 60 % la part de fonds publics dans la dotation initiale).

¹²⁷Pour une critique, V. V. GUEDJ, *op. cit.*, n° 119, p. 171.

initialement simplement déclarées, la reconnaissance d'utilité publique en matière de fondation conditionne la création de la fondation : il n'existe pas de fondation simplement déclarée en droit français sauf l'hypothèse particulière des fonds de dotation¹²⁸. Là encore, cette reconnaissance est attachée à un *décret pris après avis simple* du Conseil d'État¹²⁹ qui est, de la même manière, toujours suivi par le gouvernement¹³⁰. En outre, la reconnaissance d'utilité publique est soumise à de lourdes conditions¹³¹. Les potentiels fondateurs doivent y être particulièrement vigilants et ce d'autant plus s'ils fondent par voie testamentaire, sans quoi leur projet pourrait bien ne jamais aboutir. L'attention du Conseil d'État porte tout autant sur les statuts du groupement à créer que sur la dotation.

D'abord, les statuts doivent respecter certaines exigences. Il est évident que l'objet proposé par les fondateurs doit être d'intérêt général et à but non lucratif¹³² : d'une part, car l'utilité publique le commande¹³³, d'autre part, car le législateur de 1987 a défini la fondation comme une affectation à la « réalisation d'une œuvre d'intérêt général et à but non lucratif »¹³⁴. Les fondateurs ne sauraient stipuler tout type de charges d'intérêt collectif. Elles doivent être d'intérêt général. En outre, les charges d'intérêt particulier sont encadrées. Le Conseil d'État est, en effet, soucieux du respect des statuts-types¹³⁵, encore qu'il soit possible de déroger, comme en matière d'association¹³⁶, à certaines stipulations¹³⁷.

Ensuite, le Conseil d'État est particulièrement attentif à la dotation, c'est-à-dire à son montant, sa composition et sa faculté de générer des revenus. Il rend un avis négatif lorsqu'il

¹²⁸V. *supra*, n° 85.

¹²⁹L. n° 87-571 du 23 juillet 1987, art. 18, al. 2. La procédure à suivre est depuis longtemps bien arrêtée même si elle ne fait l'objet d'aucun texte. Elle reposerait sur un très vieil avis du Conseil d'État du 3 nivôse an XIV approuvé le 17 janvier 1806 et reproduit par M. POMEY (V. *op. cit.*, p. 405). En vertu de cet avis, tout nouvel établissement de bienfaisance et de charité doit être régularisé après une procédure menée par le ministre de l'Intérieur et le Conseil d'État. La demande de reconnaissance est adressée au ministre de l'Intérieur, soit directement soit par l'intermédiaire du préfet dont l'avis peut être sollicité. Le ministre l'instruit et consulte les ministres intéressés. Le dossier est transmis pour avis au Conseil d'État, étant entendu que le ministre de l'Intérieur peut ne pas y donner suite (faculté discrétionnaire sans possibilité de recours). Le Conseil d'État le transmet à son tour, après avis, au gouvernement. Quant à la décision du gouvernement, elle est susceptible d'un recours pour excès de pouvoir. Pour une illustration, V. CE, 21 février 2006, n° 264447.

¹³⁰V. *supra*, n° 253. Adde M. POMEY *Traité des fondations (...)*, *op. cit.*, p. 246 ; F. CHARHON et I. COMBES (dir.), *Fondations, fonds de dotation : constitution, gestion, évolution*, Paris : Juris éd., 2011, coll. « Juris corpus », n° 611, p. 59.

¹³¹V. V. GUEDJ, *Essai sur le régime juridique des fondations*, thèse de doctorat, Paris : Université de Paris II, 1999, n°s 322 et s., p. 545.

¹³²Le Conseil d'État impose que la définition de l'objet soit suffisamment précise. V. CE, 24 mai 1977, avis, n° 319687, cité par M. POMEY, *Traité des fondations (...)*, *op. cit.*, p. 418.

¹³³V. *supra*, n° 253.

¹³⁴L. n° 87-571 du 23 juillet 1987, art. 18, al. 1^{er}.

¹³⁵Le Conseil d'État n'admet des dérogations que si elles sont justifiées (V. CE, 25 octobre 1977, avis, n° 320.725, cité par M. POMEY *op. cit.*, p. 418). Par exemple, pour la fondation de la Shoah, il a été admis que seul l'État compose le collège des fondateurs excluant ainsi les autres fondateurs du conseil d'administration (V. CE, *Rapport annuel 2002*, *op. cit.*, p. 76).

¹³⁶V. *supra*, n° 253.

¹³⁷V. CE, *Rapport public 2007*, *op. cit.*, p. 75.

juge la dotation insuffisante pour réaliser l'œuvre voulue¹³⁸. Dans ses derniers statuts-types, le Conseil d'État a déterminé un montant de dotation au-delà duquel il est présumé que la dotation est suffisante. Il est d'un million cinq cent mille euros¹³⁹. La difficulté de créer des fondations reconnues d'utilité publique apparaît alors et, par contrecoup, l'intérêt des fondations abritées¹⁴⁰.

À ce stade, il convient de rappeler que depuis une loi du 4 juillet 1990¹⁴¹, *la reconnaissance d'utilité publique d'une fondation post mortem produit ses effets rétroactivement dès le jour de l'ouverture de la succession*. Ce faisant, le législateur mettait un terme aux divergences de jurisprudence entre le Conseil d'État et la Cour de cassation à propos de la validité des fondations testamentaires indirectes¹⁴².

À côté des classiques fondations reconnues d'utilité publique, le législateur a créé une série de fondations dites spéciales jouissant de la « grande capacité juridique ».

ii. Les fondations spéciales

258. Une pleine capacité. Les fondations spéciales, autres que les fondations d'entreprise, jouissent toutes de la pleine capacité juridique. Parmi celles-ci, la Fondation du patrimoine est de loin la plus originale¹⁴³. Créée par le législateur en 1996¹⁴⁴, elle est unique en son genre : à la fois un groupement de biens et un groupement de personnes¹⁴⁵, sa grande capacité est expressément affirmée¹⁴⁶.

Depuis, le législateur n'a eu cesse de créer de nouvelles catégories de fondations. Il a reconnu la « grande capacité » implicitement à certaines d'entre elles en procédant par renvoi au régime des fondations reconnues d'utilité publique. Il s'agit des fondations hospitalières¹⁴⁷ ainsi que des fondations de coopération scientifique¹⁴⁸. En revanche, il a expressément attaché la « grande capacité » aux fondations partenariales¹⁴⁹. Dans la mesure où celles-ci se voient

¹³⁸V. notamment CE, 10 juin 1952, avis, n° 258124, cité par M. POMEY, *op. cit.*, p. 410 ; CE, 6 novembre 1975, avis, n° 316143, cité par M. POMEY, *op. cit.*, p. 414 ; CE, 7 octobre 1977, avis, n° 318.334, cité par M. POMEY, *op. cit.*, p. 416.

¹³⁹Statuts-types, art. 10 (Annexe 3).

¹⁴⁰V. *supra*, nos 100. et s.

¹⁴¹L. n° 90-559 du 4 juillet 1990, art. 4.

¹⁴²V. *supra*, n° 96.

¹⁴³V. M. DRAPIER, « Entre personnes privées et mission d'intérêt général : la « Fondation du patrimoine », une institution à l'équilibre incertain », *D.* 1997, p. 212 et s.

¹⁴⁴L. n° 96-590 du 2 juillet 1996.

¹⁴⁵Il est possible d'adhérer à la Fondation du patrimoine (C. patr., art. L. 143-3).

¹⁴⁶C. patr., art. L. 143-7.

¹⁴⁷C. santé publ., art. L. 6141-7-3, al. 4.

¹⁴⁸C. rech., art. L. 344-11, al. 2.

¹⁴⁹C. éduc., art. L. 719-13, al. 5.

appliquer, en principe, le régime des fondations d'entreprise qui ne jouissent que d'une « petite capacité » de recevoir des libéralités¹⁵⁰, une telle précision était nécessaire.

Quant à la constitution de ces fondations spéciales, elle est soumise à un acte administratif : un décret pour les fondations hospitalières¹⁵¹ et pour les fondations de coopération scientifique¹⁵² ; une autorisation délivrée par le recteur d'académie pour les fondations partenariales¹⁵³. À la différence des fondations reconnues d'utilité publique, la dotation de ces fondations spéciales peut être majoritairement, voire exclusivement, apportée par des personnes morales de droit public au point qu'il est, sans doute, possible d'y voir de simples fondations transparentes¹⁵⁴.

Pour finir, il convient d'étudier les derniers groupements auxquels la loi a reconnu la « grande capacité juridique ».

c. Les autres groupements

259. Les groupements de droit public. Les groupements de droit public jouissent tous, sans exception, d'une « grande capacité juridique ». Chaque fois, le législateur l'a implicitement consacré. Parfois, la loi précise que les dons et legs constituent des ressources de ces personnes : régions¹⁵⁵ et établissements publics nationaux¹⁵⁶. Le plus souvent, cette reconnaissance est tacite et ressort des textes fixant les modalités d'acceptation des libéralités. Selon ce procédé, la grande capacité juridique est reconnue à l'État et à ses

¹⁵⁰C. éduc., art. L. 719-13, al. 2. Sur la capacité des fondations d'entreprise, V. *supra*, n° 248.

¹⁵¹C. santé publ., art. L. 6141-7-3, al. 2. *Adde* D. n° 1014-956 du 21 août 2014 (encadrant les conditions de la reconnaissance du groupement et imposant des statuts-types).

¹⁵²C. rech., art. L. 344-12.

¹⁵³C. éduc., art. L. 719-13, al. 2.

¹⁵⁴V. *supra*, n° 93.

¹⁵⁵CGCT, art. L. 4331-3.

¹⁵⁶À titre d'illustrations et sans prétendre aucunement à l'exhaustivité tant elles sont nombreuses, il est possible de citer le Centre des monuments nationaux (C. patr., art. L. 141-1 et R. 141-18), l'Institut national de recherches archéologiques préventives (C. patr., art. R. 545-55), l'Établissement français du sang (C. santé publ., art. L. 1222-8), ou encore l'Ordre national de la légion d'honneur (Code de la légion d'honneur et de la médaille militaire, art. R. 120).

établissements¹⁵⁷, aux collectivités territoriales et à leurs établissements¹⁵⁸, ainsi qu'à l'Institut de France¹⁵⁹.

260. Les groupements professionnels. De la même manière, la grande capacité juridique est reconnue aux groupements professionnels qu'il s'agisse des syndicats professionnels¹⁶⁰, des comités d'entreprise¹⁶¹ ou des ordres professionnels¹⁶².

261. Les groupements de droit local. Enfin, certains groupements peuvent jouir d'une pleine capacité juridique en raison du droit local auquel ils sont soumis¹⁶³. Les associations dont le siège se trouve dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle sont régies par le droit local¹⁶⁴. Elles jouissent à ce titre de la pleine capacité juridique¹⁶⁵ ; leur constitution est totalement libre¹⁶⁶. Soustraites à la loi de 1901, de telles associations ne peuvent pas être reconnues d'utilité publique. Aussi, existe-t-il une *procédure spéciale de reconnaissance de mission d'utilité publique* pour ces associations. Elle est prévue par un décret du 9 décembre 1985¹⁶⁷. Les critères classiques de but non lucratif et de gestion désintéressée y sont énoncés, tout comme les causes que peut poursuivre l'association¹⁶⁸.

¹⁵⁷CGPPP, art. L. 1121-1 (État) ; art. L. 1121-2 (établissements publics nationaux).

¹⁵⁸Sections de communes (CGCT, art. L. 2411-6) ; communes (CGPPP, art. L. 1121-4 ; CGCT, art. L. 2242-1) ; départements (CGPPP, art. L. 1121-5 ; CGCT, art. L. 3213-6) ; régions (CGPPP, art. L. 1121-6 ; CGCT, art. L. 4221-6) ; établissements publics communaux (CGPP, art. L. 1121-5 ; CGCT, art. L. 2242-3) ; établissements publics départementaux de santé (CGPP, art. L. 1121-5 ; CGCT, art. L. 3213-7) ; établissements publics régionaux (CGPP, art. L. 1121-6). Faute de disposition spéciale dans le Code général des collectivités territoriales concernant les établissements publics départementaux en général, certains auteurs s'appuient sur l'ancien article 4 de la loi du 4 février 1901 pour reconnaître la capacité de jouissance de ces derniers (V. J.-P. MARGUÉNAUD et B. DAUCHEZ, *op. cit.*, n° 381.13, p. 1138).

¹⁵⁹L. n° 2006-450 du 18 avril 2006, art. 38, al. 2.

¹⁶⁰Pendant longtemps, la loi prévoyait expressément que les syndicats avaient « le droit d'acquérir sans autorisation, à titre gratuit ou à titre onéreux, des biens meubles ou immeubles » (C. trav., art. L. 411-12, al. 1^{er}, anc.). Lors de la recodification à droit constant du Code du travail, cette disposition a été abrogée sans avoir été réintroduite dans la nouvelle partie législative dudit code, à la différence de son second alinéa. Aucune règle n'y a été substituée de sorte que cette abrogation semble fortuite. À cet égard, les auteurs enseignent toujours que les syndicats jouissent de la « grande capacité » civile (V. J.-P. MARGUÉNAUD et B. DAUCHEZ, *op. cit.*, n° 372.21, p. 1030 ; A. CERMOLACCE et V. PERRUCHOT-TRIBOULET, *J.-Cl. Contrats-Distribution*, fasc. 40 : « Capacité et pouvoirs dans les contrats », n° 119).

¹⁶¹Les dons et legs augmentent les ressources du comité d'entreprise (C. trav., art. R. 2323-34).

¹⁶²Ordre des médecins (C. santé publ., art. L. 4123-1 ; ordre des avocats, (L. n° 71-1130 du 31 décembre 1971, art. 17) ; etc. Ces groupements sont considérés comme des personnes morales de droit privé assumant une mission de service public. Sur l'appréhension du statut juridique des ordres professionnels et son évolution, V. M. LASCOMBE, « Les ordres professionnels », *AJDA* 1994, p. 855 et s.

¹⁶³Pour une étude des règles spéciales territoriales, V. N. BALAT, *Essai sur le droit commun*, thèse pour le doctorat en droit, Paris : Université Paris II, 2014, nos 366 et s., p. 224 et s.

¹⁶⁴L. 1^{er} juin 1924, art. 2, 9°.

¹⁶⁵C. civ. loc., art. 21. V. J.-L. VALLENS, *Rép. civ. dalloz*, v° *Alsace et Moselle*, n° 17.

¹⁶⁶C. civ. loc., art. 21. Pendant longtemps, il existait un droit d'opposition *a priori* reconnu au préfet pour des raisons tenant à l'ordre public (C. civ. loc., art. 61). V. J.-L. VALLENS, *ibidem*, n° 21. Ce droit a récemment été abrogé au profit d'un contrôle *a posteriori* dévolu au juge judiciaire comme en matière d'association de droit commun (ord. n° 2015-904 du 23 juillet 2015, art. 2).

¹⁶⁷D. 85-1304 du 9 décembre 1985.

¹⁶⁸Ils sont plus restreints que les critères habituellement visés : l'association doit avoir un caractère philanthropique, éducatif, scientifique, social, familial ou culturel.

Cette reconnaissance est octroyée par le préfet du département du siège de l'association après avis du tribunal de Strasbourg. Si celle-ci n'a pas d'incidence sur la capacité juridique de l'association, elle lui permet de bénéficier des exonérations fiscales accordées aux groupements reconnus d'utilité publique¹⁶⁹.

Quant aux fondations locales, elles doivent se soumettre à l'approbation de l'État de sorte que leur régime s'apparente, peu ou prou, à celui des fondations reconnues d'utilité publique¹⁷⁰.

De la même manière, la loi du 9 décembre 1905 ne s'applique pas aux différents groupements de droit local¹⁷¹. Le culte dans ces départements demeure soumis au Concordat napoléonien. Les groupements religieux peuvent donc recevoir des subventions publiques¹⁷². L'article 910 du Code civil renvoie implicitement à ces règles en visant les modalités d'acceptation des libéralités adressées aux « établissements publics du culte et des associations inscrites de droit local ».

La liste des hypothèses dans lesquelles le législateur a octroyé une capacité juridique de recevoir des libéralités à certains groupements vient d'être dressée. Il arrive, au contraire, au législateur de refuser qu'un groupement jouisse de la capacité juridique. Il s'agit de l'hypothèse des fondations abritées.

B. La capacité refusée par la loi : les fondations abritées

262. Un régime inadapté. Les fondations abritées ont cette particularité qu'elles constituent des groupements non personnifiés rattachés à la fondation abritante¹⁷³. Le législateur leur a expressément refusé la personnalité juridique de sorte qu'elles ne peuvent jouir d'aucune capacité¹⁷⁴.

Il en résulte un régime nécessairement singulier et critiquable. Tout est fait comme si la fondation sous égide était un établissement de la fondation affectataire à laquelle elle emprunte sa personnalité juridique. La première conséquence apparaît en matière de libéralités. Celles dont elle serait amenée à bénéficier doivent être adressées à la fondation

¹⁶⁹CGI, art. 238 *bis*. V. *supra*, n° 190.

¹⁷⁰V. J.-L. VALLENS, *op. cit.*, n° 29.

¹⁷¹L. 1^{er} juin 1924, art. 7, 13°.

¹⁷²V. F. MESSNER, P.-H. PRÉLOT et J.-M. WOEHRLING, *Droit français des religions*, 2e éd., Paris : LexisNexis, 2013, coll. « Traités », n° 2280, p. 1409.

¹⁷³V. *supra*, n°s 103. et s.

¹⁷⁴V. *supra*, n° 100.

abritante, à charge pour elle de les affecter aux activités menées par la fondation sous égide¹⁷⁵. Ensuite, la fondation abritée ne peut passer seule aucun acte. Surtout, le droit de gage des créanciers de la fondation abritée et celui des créanciers de la fondation abritante devraient être confondus. Deux résultats y sont attachés. D'une part, la fondation affectataire est tenue des dettes nées à l'occasion de l'activité de la fondation sous égide¹⁷⁶. D'autre part, lorsque la fondation est abritée par un organisme public, tel l'Institut de France, le principe de l'insaisissabilité des biens publics conduit à s'opposer à toutes voies d'exécution pour les créances nées de l'activité de la fondation sous égide puisque cela reviendrait à agir contre les biens de la personne publique elle-même¹⁷⁷.

Enfin, il convient d'ajouter à cela des difficultés en cas d'*émancipation de la fondation abritée*. Il n'est pas rare en pratique que la création d'une fondation abritée soit une première étape vers la constitution d'une fondation reconnue d'utilité publique. Longtemps abandonnée aux praticiens, cette pratique devrait pouvoir profiter de la récente loi du 31 juillet 2014 reconnaissant la possibilité de restructurations de fondation¹⁷⁸. L'émancipation de la fondation sous égide n'est rien d'autre qu'une scission partielle d'actifs opérée par la fondation abritante. La loi y attache la transmission universelle du patrimoine conformément aux dispositions du Code de commerce¹⁷⁹. Si la solidarité entre les deux fondations s'impose¹⁸⁰, celles-ci pourront y déroger conventionnellement dans l'acte de scission moyennant un droit d'opposition offert aux créanciers¹⁸¹. Le risque de contentieux n'en est pas moins présent, notamment en matière d'action en réduction pour atteinte à la réserve héréditaire¹⁸². La détermination du débiteur n'est pas évidente. Si la pratique cherche à faire reposer le paiement de l'indemnité de réduction sur la fondation émancipée, le bénéficiaire de la libéralité était la fondation abritante. Il y a tout lieu de penser que la stipulation d'absence de solidarité serait inopposable en cette hypothèse.

¹⁷⁵En ce sens, le reçu fiscal permettant une exonération d'impôt est délivré par l'organisme abritant. En matière de fondations universitaires, l'Administration fiscale rappelle que la délivrance dudit reçu appartient au président de l'établissement abritant. Ce reçu doit alors préciser l'affectation du don à la fondation universitaire (V. BOI-PAT-ISF-40-40-10-50-20120912, n° 40).

¹⁷⁶Comp. V. GUEDJ, *op. cit.*, n° 597, p. 345 (à propos des fondations aux personnes morales préexistantes).

¹⁷⁷CGPPP, art. L. 2311-1. Sur ce principe, V. Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, t. 2, *Droit administratif des biens*, 15^e éd., Paris : LGDJ-Lextenso éd., 2014, n°s 40 et s., p. 30 et s. Comp. GUEDJ, *op. cit.*, n° 598, p. 346, à propos des fondations avec recours à une personne morale préexistante. V. *infra*, n° 455.

¹⁷⁸L. n° 1987-571 du 23 juillet 1987, art. 20-1, I, inséré par L. n° 2014-856 du 31 juillet 2014, art. 86.

¹⁷⁹L. n° 1987-571 du 23 juillet 1987, art. 20-1, I, al. 2 (renvoyant à l'application des articles L. 236-20 et L. 236-21 du Code du commerce). Sur la transmission universelle de patrimoine, V. R. RAFFRAY, *La transmission universelle du patrimoine des personnes morales*, préf. F. DEBOISSY, Paris : Dalloz, 2011, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », t. 108, n° 221 et s., p. 181 et s.

¹⁸⁰C. com., art. L. 236-20.

¹⁸¹C. com., art. L. 236-21. *Adde* R. RAFFRAY *op. cit.*, n° 255, p. 205. La pratique est déjà en ce sens.

¹⁸²V. I. COMBES, « La renonciation anticipée à l'action en réduction : une avancée pour les organismes philanthropiques », *JCP N* 2006, HS, p. 22 et s.

Finalement, l'absence de reconnaissance de la capacité juridique des fondations abritées pose un nombre important de difficultés. Elles sont encore plus grandes quand la loi n'est pas en mesure de préciser si le groupement jouit ou non de la capacité juridique.

C. La capacité dans le silence de la loi

Pour certains groupements, la loi française n'est d'aucun secours pour déterminer leur capacité de jouissance, soit que le législateur ne l'a pas précisé, soit que le groupement est soumis à une législation étrangère. La capacité dans le silence de la loi vise donc à la fois les groupements internes (1) et les groupements étrangers (2).

1. Les groupements internes

263. La résurgence de débats anciens. La question qui se pose est celle de savoir si, dans le silence de la loi, le groupement jouit d'une « grande » ou d'une « petite » capacité juridique. La doctrine s'est divisée à ce sujet dès la fin du XIX^e siècle et tout au long du XX^e siècle¹⁸³. De tels débats ne sont pas sans lien avec l'approche retenue de la personnalité morale. Les partisans de la théorie dite « de la fiction »¹⁸⁴, selon laquelle seuls les pouvoirs publics peuvent reconnaître une nouvelle personnalité morale, sont plutôt enclins à faire de la « petite capacité juridique » le principe. Au contraire, les partisans de la théorie de la réalité estiment que les groupements, lorsqu'ils présentent certaines caractéristiques, devraient nécessairement se voir reconnaître la personnalité juridique en l'absence de toute intervention législative¹⁸⁵. Dans le silence de la loi, la pleine capacité de jouissance devrait leur être

¹⁸³En faveur de la capacité juridique comme principe, V. L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, 2^e partie, *La vie des personnes morales, leur suppression et ses conséquences*, 2^e éd., par L. TROTABAS, Paris : LGDJ, 1924, rééd., 1998, n° 242, p. 141 ; P. BENOIST, *Les dons et legs à personnes morales et le principe de spécialité*, Paris : LGDJ, 1938, p. 9 ; R. CASSIN, *Droit civil approfondi et comparé : les libéralités avec charge et les fondations*, Paris : les Cours de droit, 1939, p. 260 ; M. PLANIOL ET G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 5, *Donations et testaments*, 2^e éd., par A. TRASBOT et Y. LOUSSOUARN, Paris : LGDJ, 1957, n°870, p. 1110 ; A. SÉRIAUX, *Successions et libéralités*, Paris : Ellipses, 2012, coll. « Université. Droit : manuel », n° 35, p. 59 ; N. MATHEY, *Recherche sur la personnalité morale en droit privé*, thèse de doctorat en droit, Paris : Université Paris II, 2001, n° 746 et s., p. 354 et s. *Contra* en faveur de la capacité juridique comme exception, V. A. PITOIS, *Des legs aux personnes morales en droit français*, Paris : impr. de Mocquet, 1887, p. 154 et s.

¹⁸⁴V. notamment F. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. 1, Bruxelles, Bruylant-Christophe ; Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1869, n° 300, p. 388 ; T. TISSIER, *Traité théorique et pratique des dons et legs aux établissements publics ou d'utilité publique : aux congrégations et communautés religieuses, aux associations syndicales, aux syndicats professionnels, aux pauvres, aux communes, aux départements, aux colonies et à l'État*, t. 1, *Notions historiques, capacité de recevoir*, Paris : P. Dupont, 1896, n° 39, p. 69.

¹⁸⁵V. notamment M. HAURIOU, « De la personnalité comme élément de la réalité sociale », *RGD* 1898, p. 1 et s., et p. 119 et s. ; « De la personnalité comme élément de la réalité sociale » in *Leçons sur le mouvement social, données à Toulouse en 1898*, Paris : L. Larose, 1898, p. 144 et s. ; H. CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil : notions générales*, 5^e éd., Paris : A. Pédone, 1929, n° 160, p. 205 ; B. de MARGERIE, *Des incapacités de*

reconnue. Loin de rejoindre ces courants de pensée, un auteur estime au contraire que l'existence de la personne morale et la reconnaissance de sa capacité sont deux choses distinctes de sorte qu'il est possible d'adhérer à la théorie de la réalité tout en faisant de la « grande capacité juridique » une exception¹⁸⁶. Cet auteur défend alors que « l'attribution de la capacité de jouissance est toujours œuvre « arbitraire » du législateur »¹⁸⁷.

En réalité, l'attention de la doctrine s'est surtout concentrée sur la capacité de recevoir de deux catégories de groupements. D'abord, les auteurs se sont divisés sur la capacité de recevoir des syndicats professionnels. Le législateur leur a expressément octroyé la « grande capacité » par une loi du 12 mars 1920. Ensuite, la question de la capacité des sociétés civiles et commerciales a été débattue¹⁸⁸. La solution semble désormais acquise en faveur de la « grande capacité »¹⁸⁹, ce qui vaudrait alors pour tous les groupements à but lucratif reconnus par la loi. Si les auteurs estiment que cette question est davantage théorique que pratique¹⁹⁰, elle pourrait connaître un regain d'intérêt. D'une part, parce que le financement participatif¹⁹¹, qui est en plein essor, peut profiter à de tels groupements. D'autre part, car le législateur a créé, en juillet 2014, un nouveau label d'entreprise à économie sociale et solidaire susceptible d'être à terme attractif de libéralités¹⁹².

264. Principe de solution. Les débats, autour de la nature de la personnalité morale ont pu paraître dépassés¹⁹³. La Cour de cassation a, en effet depuis un arrêt du 28 janvier 1954,

jouissance en droit civil français, Paris : F. Loviton, 1936, 1936, p. 26 et s. ; L. JOSSE-RAND, *Cours de droit civil positif français*, t. 1, *Théorie générale du droit et des droits, les personnes, la famille, la propriété et les autres droits réels principaux*, 3^e éd., Liège, impr. G. Thone ; Paris, Sirey, 1938, n^{os} 662 et s., p. 380 et s. Sur les différentes approches de la théorie de la réalité, V. J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, 2^e éd., Paris : PUF, 2013, coll. « Thémis. Droit », p. 79 et s. Pour ce faire, la doctrine a proposé la réunion de trois critères cumulatifs, à savoir une possibilité d'expression collective, pour la défense d'intérêts licites, dignes par suite d'être juridiquement reconnus et protégés.

¹⁸⁶V. G. GOUBE-AUX, « Personnalité morale. Droit des personnes et droit des biens » in *Aspects actuels du droit commercial français : commerce, sociétés, banque et opérations commerciales, procédures de règlement du passif : études dédiées à René Roblot*, Paris : LGDJ, 1984, rééd., Paris : LGDJ-Lextenso. éd., 2014, p. 199 et s., n^o 8.

¹⁸⁷V. *ibidem*.

¹⁸⁸En faveur de la capacité des sociétés commerciales de recevoir des libéralités, V. A. LOT, *Des libéralités aux sociétés civiles et commerciales en droit français*, Paris : A. Rousseau, 1895 ; L. MICHOU-D, *op. cit.*, n^o 234, p. 120 ; R. COULOMBEL, *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, Langres : impr. moderne, 1950, p. 222. *Contra* A. PITOIS, *op. cit.*, p. 106 ; T. TISSIER, *Traité théorique et pratique des dons et legs (...)*, *op. cit.*, n^o 87, p. 212.

¹⁸⁹Lors des débats parlementaires à propos de la loi n^o 84-562 du 4 juillet 1984 sur la révision des charges (V. *infra* n^o 411.), le rapporteur au Sénat précisait que « les personnes morales de droit privé concernées par la proposition de loi comprennent les syndicats, les sociétés civiles, les sociétés commerciales, les groupements d'intérêts économiques, les associations » (V. JO Sénat CR 1984, n^o 15, p. 375).

¹⁹⁰V. J. -P. MARGUÉNAUD et B. DAUCHEZ, *op. cit.*, n^o 372.31, p. 1131.

¹⁹¹V. *supra*, n^o 115.

¹⁹²L. n^o 2014-856 du 31 juillet 2014, art. 1^{er}.

¹⁹³V. J. ROCHFELD, *op. cit.*, p. 83. Comp. R. LIBCHABER, « Réalité ou fiction ? Une nouvelle querelle de la personnalité est pour demain », *RTD civ.* 2003, p. 166 et s.

consacré la théorie de la réalité en reconnaissant au comité d'établissement la personnalité morale¹⁹⁴. Dans cette décision, la Haute juridiction affirme sans équivoque que :

la personnalité civile n'est pas une création de la loi ; qu'elle appartient, en principe, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés ; que, si le législateur a le pouvoir, dans un but de haute police, de priver de la personnalité civile telle catégorie déterminée de groupements, il en reconnaît, au contraire, implicitement mais nécessairement, l'existence en faveur d'organismes créés par la loi elle-même avec mission de gérer certains intérêts collectifs présentant ainsi le caractère de droits susceptibles d'être déduits en justice.

Reste que la question de la capacité juridique de comité d'établissement n'est pas réglée. Si le législateur a prévu que les comités d'entreprise peuvent être bénéficiaires de libéralités¹⁹⁵, il n'est jamais intervenu pour régler cette question du côté des comités d'établissement. Une même difficulté peut se poser pour tous les groupements auxquels la Cour de cassation a reconnu la personnalité morale en dehors de toute prévision de la loi¹⁹⁶.

L'étude des règles de capacité de jouissance prévues par le législateur a montré que dans la majorité des cas la reconnaissance de la « grande capacité juridique » de recevoir des libéralités était implicite soit que la loi encadre la capacité d'exercice, soit qu'elle compte les dons et legs au rang de ses ressources¹⁹⁷. Si la pleine capacité des associations labellisées est expressément reconnue, c'est qu'elle constitue une dérogation aux règles de la loi du 1^{er} juillet 1901. Au contraire, les limitations de capacité sont toujours expresses. Fort de ce constat, il convient d'admettre que *la pleine capacité juridique constitue le principe et la « petite capacité juridique » l'exception*. Ce faisant, il appartient au législateur, le cas échéant, d'intervenir pour limiter la capacité des groupements auxquels la jurisprudence octroie la personnalité morale.

Si le législateur omet parfois de préciser l'étendue de la capacité des groupements qu'il crée, il ne lui appartient pas, en revanche, de définir la capacité des groupements étrangers. La

¹⁹⁴V. Civ. 2^e, 28 janvier 1954, n° 54-07.081, *Bull. civ.* IV, n° 32 ; *D.* 1954, p. 217, note G. LEVASSEUR.

¹⁹⁵V. *supra*, n° 260.

¹⁹⁶V. Com., 17 janvier 1956, *D.* 1956, p. 265, note R. HOUIN (masse des créanciers) ; Soc., 23 janvier 1990, n° 86-14.947, *Bull. civ.* V, n° 20 (comité de groupe) ; *Dr. soc.* 1990, p. 322, note J. SAVATIER ; *Rev. sociétés* 1990, p. 444, note R. VATINET ; Soc., 17 avril 1991, n° 89-17.993, *Bull. civ.* V, n° 206 (comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail) ; *JCP G* 1992, II 21856, note H. BLAISE.

¹⁹⁷V. *supra*, nos 256. et s.

reconnaissance de celle-ci relève des règles de droit international privé qu'il convient d'aborder à présent.

2. Les groupements étrangers

Les questions de capacité de jouissance soulèvent deux séries de difficultés lorsque le bénéficiaire est une personne morale de droit étranger. Les règles du droit international privé trouvent alors à s'appliquer¹⁹⁸. Elles vont permettre de résoudre la difficulté attachée à la capacité de recevoir des libéralités (a) et, plus spécifiquement, de recevoir une fondation testamentaire directe (b).

a. La capacité de recevoir des libéralités

Au sein des groupements étrangers, il convient de distinguer ceux qui n'exercent pas d'activité en France (i) de ceux qui en exercent une (ii).

i. Les groupements n'exerçant pas d'activité en France

265. Règles de conflit. Les règles de droit international privé trouvent à s'appliquer chaque fois que la situation juridique présente un élément d'extranéité. Cela suppose au préalable que le juge français soit saisi d'une question relative à la succession ou à l'acte de donation¹⁹⁹. L'élément d'extranéité vise le cas où le bénéficiaire de la libéralité est un groupement de droit étranger. Il est admis que la loi nationale du groupement s'applique aux questions relatives à la personnalité morale et à l'étendue de la capacité juridique qui y est attachée²⁰⁰. Les

¹⁹⁸En matière successorale, si le droit international privé français distinguait traditionnellement entre les successions mobilières (loi du dernier domicile du défunt) et immobilière (loi de l'immeuble), la matière a été récemment renouvelée par le règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012. Pour toutes les successions ouvertes depuis le 17 août 2015, il existe désormais un principe d'unité de la loi applicable à la succession. Il s'agit de la loi de l'État dans lequel le *de cuius* résidait, voire sa loi nationale si ce dernier a opéré un tel choix, expressément ou tacitement, dans un acte à cause de mort (V. M. GORÉ et R. de GOURCY, « Les successions et le droit international privé », in M. GRIMALDI (dir.), *Droit patrimonial de la famille*, 5^e éd., Paris : Dalloz, 2014, coll. « Dalloz Action », n°s 724 et s., p. 1350 et s.). Quant aux règles de conflits en matière de donation, elles sont particulièrement complexes du fait de la double nature de cet acte. En tant que contrat, la loi applicable aux obligations contractuelles (*lex contractus*) trouve à s'appliquer par principe. En tant que libéralité, la loi successorale gouverne certaines questions particulières (V. B. ANCEL, *Rép. internat. dalloz*, v° *Donation, donation entre époux*. Adde M. GORÉ et R. de GOURCY, *op. cit.*, n°s 723 et s., p. 1342 et s. ; D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. 2, *Partie spéciale*, 3^e éd., Paris : PUF, 2014, coll. « Thémis », n° 856, p. 254).

¹⁹⁹Sur les règles de compétence, V. M. GORÉ et R. de GOURCY, *op. cit.*, n° 724.40, p. 1353 et s.

²⁰⁰V. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, t. 1, *Sources, nationalité, condition des étrangers, conflits de lois (théorie générale)*, 8^e éd., Paris : LGDJ, 1993, n°s 200 et s., p. 352 et s., et n°s 205 et s., p. 361 ; G. WICKER, *Rép. civ. dalloz*, v° *Personne morale*, n° 103. Adde M. POMEY, *Traité des fondations d'utilité*

groupements étrangers seront alors aptes à recevoir des libéralités chaque fois que leur loi nationale leur reconnaîtra cette possibilité.

L'article 910 du Code civil consacre implicitement cette règle de conflit lorsqu'il détermine les modalités d'acceptation des libéralités adressées aux États étrangers et aux établissements étrangers « habilités par leur droit national à recevoir des libéralités ». Ainsi, des groupements de même nature pourront ne pas jouir de la même capacité juridique selon leur nationalité. Des associations et des fondations simplement déclarées à l'étranger²⁰¹ peuvent recevoir des libéralités si leur loi nationale les y autorise, tandis que leurs homologues français sont privés de cette possibilité. De la même manière, des groupements jouissant de la grande capacité juridique en France, mais dépourvue de celle-ci selon la loi de leur siège, ne peuvent pas être gratifiés²⁰².

De telles règles ne s'appliqueraient que pour les groupements n'exerçant pas d'activités en France.

ii. *Les groupements exerçant une activité en France*

266. Les associations étrangères. S'il est admis que les sociétés étrangères peuvent, sous réserve de certaines limitations, exercer librement leurs activités en France²⁰³, il n'en irait pas de même pour les groupements à but non lucratif. Un tel groupement ne saurait exercer des activités permanentes en France, sauf à respecter les exigences de la loi française²⁰⁴.

En matière d'associations, la règle découle de la *ratio legis* de la loi du 9 octobre 1981. Sous l'empire du droit antérieur, pour pouvoir exercer ses activités en France, une association étrangère devait y être autorisée par le ministre de l'Intérieur²⁰⁵. Jugée trop contraignante et attentatoire à la liberté d'association, cette procédure a été abrogée par le législateur de 1981. Ce faisant, il a été décidé d'aligner le régime des associations étrangères sur celui des associations françaises²⁰⁶.

publique, Paris : PUF, 1980, p. 93 ; M.-C. LAMBERTYE-AUTRAND, *Rép. internat. dalloz*, v^o *Fondation*, n^{os} 6 et 17 ; M. REVILLARD, *J.-Cl. droit international*, fasc. 526-10 : « Associations en droit international privé », n^{os} 8 et s. ; *J.-Cl. droit international*, fasc. 526-11 : « Fondations en droit international privé », n^{os} 7 et s.

²⁰¹À titre d'exemple, les fondations suisses peuvent être simplement déclarées. Pour une illustration, V. Civ. 1^{re}, 15 avril 2015, n^o 14-10.661, à paraître ; *RTD civ.* 2015, p. 448, obs. M. GRIMALDI ; *RJPF* 2015, n^o 6, p. 38, note F. SAUVAGE.

²⁰²Pour une illustration ancienne en matière de syndicats, V. Crim., 15 octobre 1959 ; *Rev. crit. DIP* 1963, p. 56, note Y. LOUSSOUARN.

²⁰³V. Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, 10^e éd., Paris : Dalloz, 2013, coll. « Précis. Droit privé », n^o 1203, p. 1125.

²⁰⁴V. H. BATIFFOL, *Droit international privé*, 5^e éd., avec le concours de P. LAGARDE, Paris : LGDJ, 1970, n^o 207, p. 260.

²⁰⁵V. *ibidem*, n^o 204, p. 259.

²⁰⁶V. Rapp. Sénat 1980-1981, n^o 370, p. 9 et s.

Ainsi, une association étrangère souhaitant exercer une activité en France aurait trois possibilités. D'abord, l'association de siège étranger pourrait créer une nouvelle association en France : une filiale²⁰⁷. Dans ce cas, cette seconde association a son siège en France et est soumise à la loi française quant aux règles de capacité²⁰⁸. Dans la mesure où il n'existe pas d'association unipersonnelle en France, l'association étrangère ne saurait constituer seule une telle filiale. L'hypothèse est douteuse.

Ensuite, l'association de siège étranger peut simplement créer en France un établissement dépourvu de la personnalité juridique²⁰⁹. Dans ce cas, la capacité de l'association étrangère serait limitée par un double maximum : elle ne pourrait jouir que de la capacité reconnue par la loi française aux associations simplement déclarées, sans pouvoir prétendre à plus que ce qui leur est reconnu par leur loi nationale²¹⁰.

Enfin, l'association étrangère peut obtenir la reconnaissance d'utilité publique en France²¹¹. La doctrine est divisée sur l'étendue de la capacité reconnue à une telle association. Alors que certains auteurs les soumettent à la règle du double maximum²¹², d'autres estiment que ces associations jouissent de la pleine capacité juridique en France nonobstant leur loi nationale²¹³.

Une exception est prévue en matière d'*organisations non gouvernementales internationales* – ONG, qui exercent par définition leurs activités dans au moins deux États. Une convention européenne du 24 avril 1986, entrée en vigueur en France en 2000²¹⁴, leur applique la règle de droit commun : elles jouissent de la capacité juridique reconnue par leur loi nationale tout en pouvant exercer leur activité dans un autre État²¹⁵. Ce sont les seules associations véritablement internationales²¹⁶. Une même limite aurait pu être retenue en matière d'*association européenne*, dont la création n'est jamais intervenue²¹⁷.

267. Les fondations étrangères. En ce qui concerne les fondations, d'aucuns déduisent des règles de conflit applicables aux associations qu'une fondation étrangère, sauf à ce qu'elle

²⁰⁷V. M. REVILLARD, *J.-Cl. droit international*, fasc. 526-10, *op. cit.*, n° 43.

²⁰⁸V. *ibidem*.

²⁰⁹L. du 1^{er} juillet 1901, art. 5. V. M. REVILLARD, *ibidem*, n° 44.

²¹⁰V. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *op. cit.*, n° 207, p. 363.

²¹¹V. *ibidem* ; M. REVILLARD, *ibidem*, n° 46.

²¹²V. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *ibidem*.

²¹³V. B. AUDIT et L. d'AVOUT, *Droit international privé*, 7^e éd., Paris : Economica, 2013, coll. « Corpus. Droit privé », n° 124, p. 113 ; P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 11^e éd., Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso éd., 2014, coll. « Domat. Droit privé », n° 1129, p. 753.

²¹⁴D. n° 2000-266 du 17 mars 2000, art. 1^{er}.

²¹⁵L'article 2 de la convention affirme que : « La personnalité et la capacité juridiques d'une ONG telles qu'elles sont acquises dans l'État contractant dans lequel elle a son siège statutaire sont reconnues de plein droit dans les autres [États] parties. »

²¹⁶Il n'existe pas d'associations à proprement parler internationales hors ce cas. L'association est française ou étrangère.

²¹⁷V. M. BÉHAR-TOUCHAIS et L. LEGROS, *Rép. civ. dalloz*, v° *Association*, n°s 44 et s.

constitue une ONG, doit obtenir la reconnaissance d'utilité publique pour pouvoir exercer une activité permanente en France²¹⁸. Une telle proposition ne peut être que combattue²¹⁹.

D'un côté, l'affirmation selon laquelle il faudrait raisonner par analogie est sans doute exacte : il n'y a pas de raison que les fondations étrangères soient soumises à un régime plus favorable que les associations, et ce d'autant plus que la liberté de fonder n'est pas reconnue. Pour autant, la solution retenue se heurte à un obstacle sérieux : la reconnaissance d'utilité publique d'une fondation diffère dans ses effets de celle d'une association. Alors que dans le premier cas, elle conduit à créer un nouveau groupement dans l'ordre juridique interne²²⁰, elle se borne, dans le second cas, à conférer un statut privilégié à un groupement déjà existant et ayant une certaine importance²²¹. Une fondation étrangère déjà créée ne peut être reconnue d'utilité publique²²². La création de la *fondation européenne* pourrait remédier à ces difficultés. Lancé en 2009, le projet pourrait être sur le point d'aboutir²²³.

À côté de ces difficultés d'ordre général, des problématiques spécifiques concernent les fondations testamentaires indirectes.

b. *La capacité de recevoir une fondation testamentaire indirecte*

268. Droit antérieur. La constitution d'une fondation-personne morale hors de France n'est pas source de difficultés en soi. Il importe peu que les modalités de constitution du groupement soient plus simples dans l'État étranger. Il n'y a pas fraude à la loi française²²⁴. Pendant longtemps, la Cour de cassation refusait qu'une fondation testamentaire puisse être créée directement, c'est-à-dire sans le recours à un légataire. Appliquant l'article 906 du Code civil aux personnes morales, elle refusait, à la différence du Conseil d'État, que la

²¹⁸V. MAYER et V. HEUZÉ, *op. cit.*, n° 1135, p. 755 ; M.-C. LAMBERTYE-AUTRAND, *op. cit.*, n° 18 ; M. REVILLARD, *J.-Cl. droit international*, fasc. 526-11, *op. cit.*, n° 18 ; F. Sauvage, « Validation d'une fondation testamentaire suisse à créer », *RJPF* 2015, n° 6, p. 38 et s. Comp. M. POMEY, *op. cit.*, p. 94.

²¹⁹Selon un auteur « On ne voit pas, en effet, comment une fondation étrangère pourrait solliciter une reconnaissance d'utilité publique en France. » (V. M. GRIMALDI, « Il est possible, au regard du droit français, de créer une fondation *post mortem* hors de France », *RTD civ.* 2015, p. 448 et s.).

²²⁰V. *supra*, n° 257.

²²¹V. *supra*, n° 252.

²²²Il est possible d'imaginer qu'une fondation étrangère cherche à constituer un groupement en France en ayant recours aux nouvelles possibilités de restructurations prévues par la loi du 31 juillet 2014, c'est-à-dire à une scission partielle d'actifs (V. *supra*, n° 87.) Pour ce faire, encore faudrait-il que sa loi nationale l'y autorise. Sur l'application de la loi nationale à la transformation de la fondation, V. M.-C. LAMBERTYE-AUTRAND, *op. cit.*, n° 13.

²²³Une proposition de règlement du Conseil (COM(2012)0035) définit le statut de la fondation européenne. Ce texte a été amendé par le Parlement européen le 2 juillet 2013 (P7_TA(2013)0293). Depuis cette date, le projet n'a pas avancé.

²²⁴En matière de constitution de personnes morales, la fraude à la loi est caractérisée lorsque les parties rattachent la personne « à un État auquel ne la relie aucun lien effectif » (V. B. ANCEL, *J.-Cl. international*, fasc. 535 : « Fraude à la loi », n° 52).

reconnaissance d'utilité publique obtenue postérieurement au décès puisse rétroagir à la date de l'ouverture de la succession²²⁵. Le législateur de 1990 est venu briser la jurisprudence judiciaire au profit de la jurisprudence administrative. Désormais, une fondation reconnue d'utilité publique peut être créée grâce à un legs direct²²⁶. Pour ce faire, le législateur a consacré la fiction retenue par le Conseil d'État en faisant rétroagir la reconnaissance d'utilité publique à la date du décès du fondateur²²⁷.

Sous l'empire du droit antérieur, les juges ont été amenés à se prononcer sur la validité d'une fondation testamentaire directe visant à créer une fondation étrangère dans un État dont la législation prévoyait que l'acquisition de la capacité juridique rétroagissait²²⁸. En l'espèce, le *de cuius*, une ressortissante allemande, avait son dernier domicile en France. L'intéressée avait testé en faveur de la constitution d'une fondation en Allemagne, sans toutefois déterminer avec certitude le but de l'affectation des biens. Or, en Allemagne, la loi permet aux fondations futures de succéder. Appliquant seulement la loi française, loi du dernier domicile du défunt, pour l'intégralité de l'affaire, la Cour d'appel de Paris a jugé que la fondation était « privée de tout droit à recueillir les immeubles situés en France [...] ainsi que les meubles composant la succession. » Cette solution est critiquable. La Cour d'appel de Paris insistait, pourtant, sur la finalité de l'article 906 du Code civil²²⁹ : éviter « qu'une incertitude se crée sur le sort des biens ». Or, le renvoi à la loi allemande, pour la question de l'existence de la fondation, permettait précisément d'éviter que la succession soit vacante entre la date du décès du disposant et la création effective de la fondation.

269. Droit positif. Forte du principe retenu par le législateur de 1990, la doctrine enseigne que la solution devrait être différente sous l'empire du droit positif²³⁰. Un récent arrêt de la Cour de cassation, en date du 15 avril 2015²³¹, lui a donné raison. Dans cette espèce, un *de cuius*, décédé en 2006, avait testé en faveur d'une fondation à créer. Un exécuteur testamentaire était désigné afin qu'il procède à la constitution du nouvel établissement. Ce

²²⁵V. *supra*, n° 94.

²²⁶V. *supra*, n° 96.

²²⁷L. n° 87-571 du 23 juillet 1987, art. 18-2, créé par L. n° 90-559 du 4 juillet 1990, art. 1^{er}.

²²⁸CA Paris, 26 juin 1981, *Fondation Eckensberger*, *Rev. crit. DIP* 1982, p. 537, note B. ANCEL. Si cette seconde affaire a été soumise à la Cour de cassation, elle n'a pas pris position sur ce motif qu'elle juge surabondant (V. Civ. 1^{re}, 15 février 1983, n° 81-15.951, *Bull. civ. I*, n° 61 ; *Rev. crit. DIP* 1983, p. 645, note B. ANCEL). Pour une décision faisant appel à la notion d'ordre public, V. Civ., 7 février 1912, *S.* 1914, 1, p. 305, note L. HUGUENEY.

²²⁹V. *supra*, n° 94.

²³⁰V. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *op. cit.*, n° 209, p. 364 ; M.-C. LAMBERTYE-AUTRAND, *op. cit.*, n° 11 ; M. REVILLARD, *J.-Cl. droit international, op. cit.*, n° 12.

²³¹Civ. 1^{re}, 15 avril 2015, n° 14-10.661, à paraître ; *RTD civ.* 2015, p. 448, obs. M. GRIMALDI ; *RJPF* 2015, n° 6, p. 38, note F. SAUVAGE.

dernier décida de créer la fondation en Suisse. Le nouveau groupement a acquis la personnalité juridique par l'effet de sa seule inscription au registre du commerce de Genève, conformément à la loi suisse. Il s'agissait alors d'une fondation simplement déclarée. Aux termes de cette loi, la capacité ainsi acquise rétroagissait à la date de l'ouverture de la succession. La demanderesse au pourvoi, seule héritière, demandait la nullité du legs en prétendant que la loi française conditionnait la validité d'une fondation directe à l'obtention de la reconnaissance d'utilité publique française moyennant le respect de certaines formalités²³².

La Haute juridiction a rejeté l'argument après avoir rappelé que la loi française était applicable à la succession et qu'à ce titre, elle fixait les conditions pour succéder. Or, pour la Cour de cassation, la loi française impose uniquement que le bénéficiaire jouisse de la personnalité morale au jour de l'ouverture de la succession et non que la fondation bénéficiaire obtienne la reconnaissance d'utilité publique. Ce faisant, elle renvoie à la loi du siège pour apprécier les modalités d'acquisition de celle-ci. La Cour d'appel pouvait en déduire que la fondation avait la capacité de recevoir le legs litigieux.

270. Critiques. Une telle solution s'imposait. Si la loi française attache l'acquisition de la personnalité juridique à la reconnaissance d'utilité publique, c'est uniquement parce qu'elle ne connaît que ce type de fondation. L'ordre public français commande que la succession ne soit pas vacante. L'existence de fondations étrangères simplement déclarées ne saurait « heurter les conceptions sociales ou juridiques » françaises²³³. Une telle affirmation est d'autant plus certaine que le législateur, en créant en 2008 les fonds de dotation, a permis la constitution de fondations simplement déclarées qui taisent leur nom²³⁴. Or, il a autorisé la constitution de ces groupements par voie de legs direct en prévoyant que l'acquisition de la personnalité juridique rétroagit au jour de l'ouverture de la succession²³⁵.

Si la capacité de jouissance des groupements de recevoir des libéralités à caractère collectif fait l'objet de variation, il en est de même concernant leur capacité d'exercice.

²³²L'héritière avait invoqué l'ordre public français devant la Cour d'appel, sans reprendre l'argument devant la Cour de cassation. V. CA Paris, 6 novembre 2013, RG n° 12/18435.

²³³Selon une expression empruntée à P. LAGARDE (*V. Rép. internat. dalloz*, v° *Ordre public*, n° 1).

²³⁴V. *supra*, n° 85. Les fonds de dotation jouissent de la capacité juridique à compter du jour de la publication au journal officiel de la déclaration faite en préfecture (L. n° 2008-776 du 4 août 2008, art. 140, II, al. 2).

²³⁵L. n° 2008-776 du 4 août 2008, art. 140, IV, al. 1^{er}.

§2. La capacité d'exercice

271. Champ d'étude. À l'instar des personnes physiques, les personnes morales peuvent être soumises à d'importantes restrictions concernant leur capacité d'exercice au regard des modalités d'acceptation de la libéralité²³⁶. À ce stade, les questions relatives aux conditions d'acceptation de la libéralité au sein du groupement ne nous retiendront pas : d'abord parce qu'elles ne soulèvent pas de difficultés particulières²³⁷ ; ensuite car les éventuelles limitations statutaires ou légales les gouvernant ne posent pas un problème de capacité d'exercice²³⁸, mais de pouvoirs du mandataire social.

S'intéresser à la capacité d'exercice des groupements suppose, bien entendu, que ce dernier jouisse de la capacité de recevoir des libéralités. L'article 910 du Code civil constitue le siège principal de la réglementation et la seule disposition du Code à s'intéresser aux libéralités à caractère collectif avec l'article 937. Il s'applique autant aux personnes morales de droit privé que de droit public²³⁹. Ce premier texte, resté inchangé pendant plus de deux cents ans, a été l'objet de pas moins de *six modifications en dix ans*, initiées par une ordonnance du 28 juillet 2005 qui a substantiellement remanié les règles en la matière²⁴⁰. Dix ans plus tard, c'est encore par voie d'ordonnance, en date du 23 juillet 2015²⁴¹, que l'article 910 du Code civil a été révisé afin d'alléger encore davantage les restrictions pesant sur certains groupements. La loi de ratification à venir pourrait bien modifier encore davantage cette disposition.

L'article 910 est à ce point important qu'il paraît utile de le reproduire. L'ordonnance de 2015 divise désormais ce texte en trois parties, ce qui facilite grandement son étude. Aux termes de ce dernier :

I. - Les dispositions entre vifs ou par testament au profit des établissements de santé, des établissements sociaux et médico-sociaux ou d'établissements d'utilité publique n'ont leur

²³⁶Pour des illustrations en matière de capacité d'exercice et d'actes à titre onéreux, V. *infra*, n° 425.

²³⁷L'article 937 du Code civil prévoit, fort logiquement, qu'il appartient au représentant du groupement d'accepter l'acte libéral au nom et pour le compte de ce dernier.

²³⁸Les statuts-types, élaborés par le Conseil d'État en matière d'associations et fondations reconnues d'utilité publique, prévoient que le conseil d'administration ou le conseil de surveillance « accepte les donations et legs » adressés au groupement (V. Annexe 2 et Annexe 3). Cette règle est classique. Elle est reprise pour les fondations universitaires (C. éduc., art. R. 719-199), pour la Fondation du patrimoine (C. patr., art. R. 141-13) ou encore pour les fondations hospitalières (C. santé publ., art. R. 6141-58). À cet égard, la rédaction de ces dispositions et stipulations est malheureuse et confuse, en ce qu'elles confèrent au conseil d'administration le pouvoir d'accepter les dons et legs. En réalité, cet organe est simplement compétent pour *autoriser leur acceptation* et non pour les accepter en tant que tel. Il conviendrait de réécrire ces textes en s'inspirant de ceux prévus en matière de sociétés anonymes s'agissant des autorisations nécessaires pour les actes graves (C. com., art. L. 225-35).

²³⁹V. Rapp. Sénat 2010-2011, n° 20, p. 63.

²⁴⁰Ord. n° 2005-856 du 28 juillet 2005, art. 1^{er}.

²⁴¹Ord. n° 2015-904 du 23 juillet 2015, art. 4.

effet qu'autant qu'elles sont autorisées par arrêté du représentant de l'État dans le département.

II. - Toutefois, les dispositions entre vifs ou par testament au profit des fondations, des congrégations et des associations ayant la capacité à recevoir des libéralités et, dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, des établissements publics du culte et des associations inscrites de droit local, à l'exception des associations ou fondations dont les activités ou celles de leurs dirigeants sont visées à l'article 1^{er} de la loi n° 2001-504 du 12 juin 2001 tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales, sont acceptées librement par celles-ci.

Si le représentant de l'État dans le département constate que l'organisme légataire ou donataire ne satisfait pas aux conditions légales exigées pour avoir la capacité juridique à recevoir des libéralités ou qu'il n'est pas apte à utiliser la libéralité conformément à son objet statutaire, il peut former opposition à la libéralité, dans des conditions précisées par décret, la privant ainsi d'effet.

Le troisième alinéa n'est pas applicable aux dispositions entre vifs ou par testament au profit des associations et fondations reconnues d'utilité publique, des associations dont la mission a été reconnue d'utilité publique et des fondations relevant des articles 80 à 88 du code civil local applicable aux départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle.

III. - Les libéralités consenties à des États étrangers ou à des établissements étrangers habilités par leur droit national à recevoir des libéralités sont acceptées librement par ces États ou par ces établissements, sauf opposition formée par l'autorité compétente, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État.

Finalement, trois hypothèses doivent être distinguées. Lorsque le groupement peut librement accepter la libéralité qui lui est adressée, il jouit d'une pleine capacité d'exercice. Malgré la rédaction du texte, il s'agit désormais du *principe*. Au contraire, lorsqu'il ne peut l'accepter seul, il est incapable. Dans ce cas, il doit être autorisé à accepter la libéralité par l'autorité de tutelle²⁴². À l'heure actuelle, l'autorisation émane le plus souvent du représentant de l'État dans le département. Il s'agit de l'*exception*. Enfin, le législateur a créé une situation intermédiaire : si le groupement n'a pas besoin d'une autorisation pour accepter la libéralité, l'autorité de tutelle peut s'opposer à l'acceptation une fois celle-ci émise. Le bénéficiaire de la libéralité peut alors accepter la libéralité sous réserve de la *non-opposition* de l'autorité de tutelle. L'acceptation est libre, mais soumise à une condition.

²⁴²Sur la tutelle, V. S. REGOURD, *L'acte de tutelle en droit administratif français*, préf. J.-A. MAZÈRES, Paris : LGDJ, 1982, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 142.

Les règles de capacité d'exercice peuvent donc être articulées autour de trois situations. D'abord, il arrive que le groupement se voie reconnaître la capacité d'exercice. L'acceptation de la libéralité est alors libre (A). Plus rarement, le groupement est incapable de procéder seul à l'acceptation de la libéralité. Celle-ci est soumise à une autorisation préalable (B). Enfin, il existe des situations intermédiaires dans lesquelles l'acceptation est libre, mais conditionnée à une non-opposition (C).

A. La capacité d'exercice reconnue : une acceptation libre

À l'instar de la capacité de jouissance, il existe des degrés dans la reconnaissance de la capacité d'exercice. Parfois certains groupements jouissent d'une pleine capacité en raison de leur nature. Dans d'autres cas, si la capacité du groupement est encadrée, il peut néanmoins passer seul certains actes. Finalement, la pleine capacité d'exercice concerne soit certains groupements (1), soit certains actes (2).

1. Les groupements concernés

272. Le principe. L'article 910 du Code civil imposait, dans sa rédaction initiale, à presque toutes les personnes morales connues à l'époque de se soumettre à un régime d'autorisation préalable²⁴³. Réécrit à maints égards depuis 2005, ce texte ne vise plus que certaines catégories de groupements. Il s'en déduit que les groupements non visés par l'article 910 du Code civil jouissent d'une pleine capacité d'exercice²⁴⁴. Ainsi, cette capacité d'exercice est reconnue aux fondations partenariales, aux syndicats et aux comités d'entreprise, faute de dispositions contraires²⁴⁵.

Elle est de la même manière reconnue aux personnes morales de droit public, encore que des textes spéciaux du Code général de la propriété des personnes publiques et du code général

²⁴³V. M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 5, *Donations et testaments*, 2^e éd., par A. TRASBOT ET Y. LOUSSOUARN, Paris : LGDJ, 1957, n° 882, p. 1128. En réalité, le Code civil visait originellement les seuls établissements laïcs, mais une loi du 2 janvier 1817 soumettait les établissements ecclésiastiques aux mêmes exigences (L. 2 janvier 1817, art. 1^{er}, anc.). Ces établissements étant désormais visés par le second alinéa de l'article 910 du Code civil, cette disposition spéciale a été abrogée (L. n° 2011-525 du 17 mai 2011, art. 21).

²⁴⁴Pour le rapporteur du texte sur les fonds de dotation à l'Assemblée nationale, la disposition, visant à exclure ces groupements de la procédure de l'article 910 du Code civil, n'était qu'une simple précision dans la mesure où le fonds de dotation ne saurait s'identifier à l'une des personnes morales visées par cette disposition (V. Rapp. AN 2008, n° 908, p. 420).

²⁴⁵Pour les syndicats, cette possibilité était expressément prévue sous l'empire du droit antérieur (C. trav., art. L. 411-12, al. 1^{er}), mais n'a pas été reprise lors de la recodification du Code du travail.

des collectivités territoriales le prévoient expressément qu'il s'agisse de l'État²⁴⁶, des collectivités territoriales²⁴⁷, ou des établissements publics²⁴⁸.

De manière plus étonnante, les fonds de dotation jouissent également de la pleine capacité d'exercice alors que leur création n'est soumise à aucun contrôle des pouvoirs publics²⁴⁹. La souplesse de la réglementation du fonds de dotation est présentée comme un gage de son succès²⁵⁰.

273. La réforme de juillet 2015. Par ailleurs, l'article 910 du Code civil, tel que modifié par l'ordonnance du 23 juillet 2015²⁵¹, prévoit désormais que certains des groupements peuvent librement accepter des libéralités. Il s'agit :

des associations et fondations reconnues d'utilité publique, des associations [de droit local] dont la mission a été reconnue d'utilité publique et des fondations relevant des articles 80 à 88 du code civil local applicable aux départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle.

Les fondations spécialisées pour lesquelles les règles applicables aux fondations reconnues d'utilité publique s'appliquent par renvoi – fondation du patrimoine²⁵², fondations de coopération scientifique²⁵³ et fondations hospitalières²⁵⁴ – doivent profiter de cette nouvelle disposition.

C'est sans doute l'innovation la plus marquante de cette réforme. Habilité par la loi du 31 juillet 2014 à simplifier le régime des associations et fondations²⁵⁵, le gouvernement a exonéré l'ensemble des groupements susvisés de la procédure de non-opposition à laquelle ils étaient jusqu'alors soumis. Une telle modification serait justifiée en raison « des contrôles

²⁴⁶Pour l'État, l'acceptation est donnée par le ministre chargé du domaine ou par le ministre chargé d'exécuter les éventuelles charges et conditions (CGPPP, art. L. 1121-1).

²⁴⁷Pour la région, l'acceptation est faite par le conseil régional (CGCT, art. L. 4221-6), pour le département par le conseil général (CGCT, L. 3213-6), pour les communes par le conseil municipal (CGCT, art. L. 2242-1), pour les sections de communes, hameau ou quartiers de communes, par une commission syndicale (CGCT, art. L. 2411-6).

²⁴⁸Cette possibilité n'est prévue que pour les établissements publics nationaux (CGPPP, art. L. 1121-2) et communaux (CGCT, art. L. 2242-3). Malgré l'absence de disposition expresse pour les établissements départementaux et régionaux, une même solution s'impose. Pour une illustration en matière d'établissement public, V. CE, 19 janvier 1990, n° 86920. Dans cet arrêt, le Conseil d'État rappelle que l'établissement (en l'espèce un centre national d'art et de culture) était libre d'accepter les donations qui lui avaient été adressées, sans autorisation préalable.

²⁴⁹L. n° 2008-776 du 4 août 2008, art. 140, III.

²⁵⁰V. Rapp. Sénat 2007-2008, n° 413.

²⁵¹Ord. n° 2015-904 du 23 juillet 2014, art. 4.

²⁵²C. patr., art. L.143-1.

²⁵³C. rech., art. L. 344-11.

²⁵⁴C. santé publ., art. L. 6141-7-3.

²⁵⁵L. n° 2014-856 du 31 juillet 2014, art. 62.

déjà effectués par les pouvoirs publics sur ces organismes »²⁵⁶. Il n'est, cependant, pas certain que les termes de la loi d'habilitation permettaient de prendre de telles mesures. Le Parlement s'est borné à charger le gouvernement de « simplifier les démarches des associations et des fondations auprès des administrations, notamment en adaptant les modalités d'enregistrement, d'agrément et de reconnaissance d'utilité publique et *les conditions d'obtention de financements* »²⁵⁷. Cette nouvelle liberté devra être confirmée par la prochaine loi de ratification.

Pour les autres groupements, la capacité d'exercice est donc encadrée, sauf pour conclure certains actes particuliers.

2. Les actes concernés

Certains actes ont toujours échappé à la tutelle administrative entourant les actes à titre gratuit. En toute logique, les actes traditionnellement considérés comme à titre onéreux par la doctrine et la jurisprudence n'ont jamais été soumis à ces règles. Ce sont les actes pour lesquelles la qualification de libéralité est contestée²⁵⁸. Les libéralités modiques et les donations manuelles en ont également été exemptées.

Finalement, les actes pour lesquels les groupements sont pleinement capables sont de deux ordres : les libéralités contestées (a) et les libéralités modiques et manuelles (b).

a. Les libéralités contestées

274. Une exclusion tenant à une qualification erronée. En ce qu'elles ne constituent pas des libéralités aux yeux des pouvoirs publics, les opérations conduisant à des libéralités originales ne sont pas soumises à des restrictions au regard de la capacité d'exercice. Ainsi, les offres de concours n'ont jamais été soumises à une autorisation préalable²⁵⁹. En outre, toutes les associations, quel que soit leur statut, peuvent librement accepter les apports qui

²⁵⁶V. Rapp. au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2015-904 du 23 juillet 2015 portant simplification du régime des associations et des fondations. Il a été montré que la constitution des fondations de droit local est soumise à une approbation du Conseil d'État (V. *supra*, n° 261.).

²⁵⁷Nous soulignons.

²⁵⁸V. *supra*, n°s 130. et s.

²⁵⁹V. M. WALINE, *Droit administratif*, 8^e éd., Paris : Sirey, 1959, n° 665, p. 396. Sur les offres de concours, V. *supra*, n° 33.

leur sont consentis²⁶⁰, fussent-ils immobiliers. Les opérations de parrainage ne sauraient davantage être soumises à la tutelle administrative. De la même manière, le droit positif refusant d'assujettir, sauf certaines circonstances particulières, l'assurance-vie aux fins de placement au régime des libéralités²⁶¹, le Conseil d'État a précisé que la procédure de tutelle ne s'imposait pas²⁶². Quant aux subventions publiques, si elles sont soumises, à l'instar de tous les actes des autorités décentralisées, à une tutelle administrative, celle-ci ne vise pas à limiter la capacité d'exercice des récipiendaires, mais à vérifier que l'acte est conforme à la loi et à l'intérêt général²⁶³.

Les libéralités modiques et manuelles peuvent également être acceptées librement.

b. *Les libéralités modiques et manuelles*

275. La consécration d'une pratique ancienne. Il a toujours été admis que les dons et legs modiques étaient dispensés de toute tutelle²⁶⁴. À l'inverse, les dons manuels devaient suivre le sort réservé aux libéralités traditionnelles²⁶⁵. La même solution était retenue pour les souscriptions publiques²⁶⁶. Pour autant, la pratique administrative a rapidement « fermé les yeux par tolérance » sur les dons manuels au point d'ériger « en doctrine officielle son abstention systématique » à exercer tout contrôle sur ces derniers²⁶⁷. Fort de ce constat, le législateur de 1987 a modifié l'article 6 de la loi du 1^{er} juillet 1901 dans les termes suivants : « toute association régulièrement déclarée peut, *sans autorisation spéciale*, [...] recevoir des dons manuels »²⁶⁸. De là, il s'en déduit que l'acceptation des dons manuels n'est jamais soumise à la tutelle administrative, nonobstant leur montant et le statut de leur bénéficiaire²⁶⁹.

²⁶⁰Seule l'Administration fiscale s'intéresse à la qualification des apports pour leur appliquer le barème fiscal des libéralités.

²⁶¹V. *supra*, n° 127.

²⁶²CE, 25 janvier 2005, avis, cité par Circ. du 1^{er} août 2007, NOR : INTA0700083C. *Adde* CE, *Études et documents : rapport public 2006*, Paris : la Documentation française, 2006, coll. « ECDE », n° 57, p. 60.

²⁶³Sur cette question, V. Y. GAUDEMET, *Droit administratif*, 21^e éd., Paris : LGDJ-Lextenso éd., 2015, coll. « Manuel », n° 416 et s., p. 204 et s. *Adde* L. RICHER, « La notion de tutelle sur les personnes en droit administratif », *RDP* 1979, p. 971 et s.

²⁶⁴V. Req., 27 novembre 1876, *D.* 1877, 1, p. 152 ; Req., 26 juillet 1910, *D.* 1911, 1, p. 202.

²⁶⁵V. M. PLANIOL et G. RIPERT, *op. cit.*, n° 886, p. 939. *Contra* X. BETHOUX, *Des libéralités dont l'acceptation est soumise à l'autorisation administrative en droit français*, Voiron, 1886, p. 106 (l'autorisation ne devrait viser que les acquisitions immobilières).

²⁶⁶V. *ibidem*, n° 886, p. 940.

²⁶⁷V. Rapp. AN 1986-1987, n° 836, p. 145, reprenant l'étude de M. POMEY sur « les dons manuels aux associations et fondations ». Comp. CE, 25 mai 1976, avis, n° 317369, cité par M. POMEY, *Traité des fondations d'utilité publique*, Paris : PUF, 1980, p. 415 (l'autorisation administrative est nécessaire en présence de charges stipulées dans un pacte adjoint afin de vérifier leur conformité avec la spécialité de l'établissement).

²⁶⁸L. n° 87-571 du 23 juillet 1987, art. 16.

²⁶⁹En ce sens, V. V. GUEDJ, *Essai sur le régime juridique des fondations*, thèse de doctorat, Paris : Université de Paris II, 1999, n° 159, p. 116. Déjà en ce sens, sur l'interprétation restrictive de l'article 910 du Code civil, V. M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^e éd., Paris Sirey, 1933, rééd., par A. HAURIOU,

À ce stade, il convient de rappeler que les fonds de dotation doivent obtenir une autorisation préalable afin de faire appel à la générosité du public²⁷⁰. D'une certaine manière, cette autorisation réduit la capacité d'exercice des fonds de dotation qui ne peuvent pas librement recevoir des dons manuels par cette voie²⁷¹.

Une fois admis que les dons manuels sont soustraits à tout contrôle de l'autorité de tutelle, il convient de voir les hypothèses dans lesquelles la capacité de recevoir des libéralités traditionnelles est refusée, c'est-à-dire les cas où la capacité est soumise à une autorisation préalable.

B. La capacité d'exercice refusée : une acceptation soumise à autorisation

Il arrive dans bien des hypothèses que la capacité d'exercice soit refusée à certains groupements. Cette limitation est expressément prévue par la loi au point qu'il est aisé de déterminer les groupements concernés par de telles restrictions. Quant à la procédure d'autorisation préalable, ses contours sont précisés par décret. Les conditions révèlent les objectifs poursuivis par cette procédure.

Les groupements concernés par cette procédure délimités (1), il conviendra d'examiner les modalités de la procédure d'autorisation préalable (2) ainsi que ses objectifs (3).

1. Les groupements concernés

276. Les établissements de santé, sociaux et médico-sociaux. Le premier alinéa de l'article 910 du Code civil dispose que :

Les dispositions entre vifs ou par testament au profit des établissements de santé, des établissements sociaux et médico-sociaux ou d'établissements d'utilité publique n'ont leur effet qu'autant qu'elles sont autorisées par arrêté du représentant de l'État dans le département.

préf. P. DELVOLVÉ et F. MODERNE, Paris : Dalloz, 2002, coll. « Bibliothèque Dalloz », p. 1080.

²⁷⁰V. *supra*, n° 113.

²⁷¹Sur le lien entre les dons manuels et les appels au soutien du public, V. *supra*, n° 117.

Il est difficile de saisir quels sont les établissements d'utilité publique qui pourraient voir leur capacité d'exercice limitée dans la mesure où les fondations et associations reconnues d'utilité publique, comme les associations locales dont la mission est reconnue d'utilité publique et les groupements qui leur sont assimilés – congrégations et associations assimilées²⁷² – sont, depuis l'ordonnance du 28 juillet 2005, exemptés de la procédure d'autorisation préalable par les alinéas qui suivent²⁷³.

Il reste alors les établissements privés de santé²⁷⁴ ainsi que les établissements sociaux et médico-sociaux. Peu importe la nature privée ou publique de ces derniers²⁷⁵, exception faite des établissements de santé²⁷⁶. Ils ont remplacé, en 2006, les anciens « hospices » de 1804²⁷⁷. En 2010²⁷⁸, une ordonnance supprime la référence à ces établissements au sein du premier alinéa de l'article 910 sans justification²⁷⁹. Ces établissements se trouvaient alors soumis au régime attaché à la nature de leur groupement. Ils ont finalement réintégré le champ de ce texte par une loi du 17 mai 2011²⁸⁰. La raison de l'application de la procédure d'autorisation préalable à ces établissements est connue : la crainte des abus et des captations²⁸¹. Ainsi, l'encadrement de la capacité d'exercice de ces groupements devient le corollaire des incapacités relatives de jouissance qui frappent les médecins, au sens de l'article 909 du Code civil, et les personnels et propriétaires des établissements sociaux et médico-sociaux régis par le Code de l'action sociale et des familles précédemment rencontrées²⁸².

²⁷²Sur cette catégorie, V. *supra*, n°s 254. et s.

²⁷³Une circulaire précise que lors de l'examen du projet de décret de 2007, le Conseil d'Etat avait préconisé de laisser subsister l'alinéa premier faute de recensement exhaustif de ces établissements. Il lui apparaissait que certains pourraient ne pas relever du second alinéa (V. Circ. du 23 juin 2010, NOR : IOCD1016586C, p. 9). De son côté, un auteur explique le maintien de ce principe par les limites de la loi d'habilitation conférant au gouvernement le seul soin de simplifier la procédure existante. Pourtant, comme le relève cet auteur, les différentes lois intervenues auraient pu supprimer l'alinéa premier (V. J.-F SAGAUT, « Regard notarial sur le nouveau régime des libéralités faites aux associations, congrégations et fondations », *JCP N* 2007, 1200, n° 15).

²⁷⁴Le texte ne distingue pas, mais les établissements publics font l'objet d'une disposition spéciale (V. *infra*, n° 278.). *Adde* J.-P.MARGUÉNAUD et B. DAUCHEZ, « Les libéralités à caractère collectif », in M. GRIMALDI (dir.), *Droit patrimonial de la famille*, 5^e éd., Paris : Dalloz, 2014, coll. « Dalloz Action », n° 371.111, p. 1120.

²⁷⁵V. Rapp. Sénat 2010-2011, n° 20, p. 64.

²⁷⁶V. *infra*, n° 278.

²⁷⁷L. n° 2006-728 du 23 juin 2006, art. 10. Au lendemain de la réforme de 2005, le premier alinéa disposait toujours comme en 1804 que « les dispositions entre vifs ou par testament, au profit des hospices, des pauvres d'une commune, ou d'établissements d'utilité publique, n'auront leur effet qu'autant qu'elles seront autorisées par une ordonnance royale ». Si la loi de 2006 a dépoussiéré le texte en supprimant la référence aux hospices et à l'ordonnance royale pour lui préférer le décret, il a fallu attendre une loi de 2009 pour voir disparaître la référence aux pauvres (L. n° 2009-526 du 12 mai 2009, art. 111) dans la mesure où elle ne correspond plus à aucune catégorie juridique (V. Rapp. AN 2008, n° 1145, p. 118). Ces libéralités sont, en effet, directement adressées aux collectivités territoriales (V. *supra*, n° 123.).

²⁷⁸Ord. n° 2010-177 du 23 février 2010, art. 27.

²⁷⁹Le rapport remis au Président de la République est silencieux sur ce point (V. Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2010-177 du 23 février 2010).

²⁸⁰L. n° 2011-525 du 17 mai 2011, art. 21.

²⁸¹Lors de l'étude de la loi du 12 mai 2009, un amendement proposait de supprimer la référence à ces établissements considérant qu'elle avait pour effet de soumettre les établissements publics de santé à une autorisation préalable alors qu'ils bénéficiaient auparavant d'un régime de libre autorisation (V. Rapp. AN 2008, n° 1145, p. 118). Le Sénat s'y opposa considérant que ces libéralités devaient être autorisées afin d'éviter les risques d'abus tout en déconcentrant l'autorisation au degré préfectoral (V. Rapp. Sénat 2008-2009, n° 209, p. 156. *Adde* Rapp. Sénat 2010-2011, n° 20, p. 64).

²⁸²Dans le même sens, V. Rapp. Sénat 2010, n° 20, p. 64. Sur ces groupements, V. *supra*, n° 247.

277. Les groupements « sectaires ». D'autres groupements de droit privé sont soumis implicitement au premier alinéa de l'article 910 du Code civil. S'ils ne sont pas expressément visés par cette disposition, ils s'y trouvent nécessairement soumis du fait de leur exclusion du champ du second alinéa. Ce sont les :

associations ou fondations dont les activités ou celles de leurs dirigeants sont visées à l'article 1^{er} de la loi n° 2001-504 du 12 juin 2001 tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales.

Ressurgit alors la procédure d'autorisation préalable pour les groupements dits « sectaires »²⁸³, encore que dans cette hypothèse « l'on conçoit difficilement que [l'autorisation] puisse leur être accordée »²⁸⁴. Une véritable incapacité de jouissance devrait être retenue.

278. Les personnes morales de droit public exceptionnellement. Par ailleurs, si les libéralités adressées aux personnes morales de droit public peuvent en principe être acceptées librement²⁸⁵, elles sont *exceptionnellement* soumises à la procédure d'autorisation préalable. Pendant longtemps, la loi du 4 février 1901 relative à la tutelle administrative en matière de dons et legs imposait que les libéralités adressées à des *établissements publics* dussent être soumises à une autorisation préalable lorsqu'elles étaient grevées de charges, conditions ou affectation immobilière²⁸⁶. Cette règle, abrogée depuis, n'a été reprise que pour les établissements publics nationaux²⁸⁷ au point qu'il est possible de se demander si les autres établissements en sont exemptés²⁸⁸. Dans ce cas, il appartient à l'autorité de tutelle de l'établissement d'autoriser l'acceptation de la libéralité²⁸⁹. Il en va de même de toutes les

²⁸³ Adde D. n° 2007-807 du 11 mai 2007, art. 4.

²⁸⁴ V. J.-P. MARGUÉNAUD et B. DAUCHEZ, n° 371.111, p. 1120.

²⁸⁵ V. *supra*, n° 272.

²⁸⁶ L. 4 février 1901, art. 4.

²⁸⁷ CGPPP, art. L. 1121-2, al. 2.

²⁸⁸ En faveur du maintien de la procédure d'autorisation préalable, V. M. GRIMALDI, *Droit civil : Libéralités, partages d'ascendants*, Paris : Litec, 2000, note n° 88, ss n° 1682, p. 506 ; J.-P. MARGUÉNAUD et B. DAUCHEZ, *op. cit.*, n° 381.41, p. 1140.

²⁸⁹ Reste à savoir si l'autorité de tutelle peut d'office autoriser l'acceptation d'une libéralité. Ce procédé était admis lorsque les personnes morales de droit public étaient encore soumises par principe une forte tutelle administrative (V. T. TISSIER, *Traité théorique et pratique des dons et legs aux établissements publics ou d'utilité publique : aux congrégations et communautés religieuses, aux associations syndicales, aux syndicats professionnels, aux pauvres, aux communes, aux départements, aux colonies et à l'État*, t. 2, *Acceptations des dons et legs, autorisation préalable*, Paris : P. Dupont, 1896, n° 475 et s., p. 365 et s.). À l'heure actuelle, une telle pratique ne saurait être défendue (V. M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^e éd., Paris : Sirey, 1933, rééd., par A. HAURIOU, préf. P. DELVOLVÉ et F. MODERNE, Paris : Dalloz, 2002, coll. « Bibliothèque Dalloz », p. 1082). Si le contrôle de l'autorité administrative sur les autorités décentralisées demeure, il s'agit « d'un pouvoir limité qui préserve, notamment, la capacité de décision de

libéralités grevées de charges qui sont adressées à l'Institut de France²⁹⁰. À ce régime exceptionnel, un tempérament est prévu en matière d'établissements publics de santé. L'acceptation des libéralités qui leur sont adressées est libre²⁹¹.

Ensuite, la loi du 4 février 1901 prévoit toujours qu'une autorisation préalable d'accepter les libéralités adressées à toutes les personnes publiques est nécessaire en cas de *réclamations des membres de la famille du disposant*²⁹². Elle est donnée par décret en Conseil d'État.

Si les textes sont peu lisibles quant aux personnes soumises à la procédure d'autorisation, en revanche, ses modalités sont clairement fixées.

2. Les modalités de la procédure d'autorisation préalable

279. Procédure. Pour l'essentiel, la procédure d'autorisation préalable est régie par les articles 4 et suivants du décret du 11 mai 2007²⁹³, lequel se borne à reprendre les règles de l'ancienne procédure d'autorisation préalable dont le champ d'application était bien plus important²⁹⁴. Un décret du 2 avril 2002²⁹⁵ les avait profondément modifiées en supprimant l'obligation faite au préfet du lieu d'ouverture de la succession d'interpeller les héritiers *ab intestat* en présence d'un legs²⁹⁶.

L'autorisation doit être demandée par l'organisme donataire ou le notaire chargé de régler la succession²⁹⁷ au représentant de l'État du département dans lequel le bénéficiaire de la libéralité a son siège²⁹⁸. L'absence de réponse de l'autorité de tutelle, dans un délai de six

l'autorité sous tutelle » (V. Y. GAUDEMET, *op. cit.*, n° 417, p. 204).

²⁹⁰L. n° 2006-450 du 18 avril 2006, art. 38, al. 2.

²⁹¹C. santé publ., art. L. 6145-10-1.

²⁹²L. du 4 février 1901, art. 7 ; CGPPP, art. L. 1121-3. Le Conseil d'État a récemment affirmé que les communes n'étaient pas soumises à cette procédure (V. CE, *Études et documents : rapport public 2005*, Paris : la Documentation française, 2005, coll. « ECDE », n° 56, ECDE, 2005). Une telle solution est contestable et ne saurait être retenue. La partie réglementaire du Code général des collectivités territoriales prévoit, en effet, la procédure à suivre en cas de réclamations des familles si bien que la loi de 1901 susvisée a vocation à englober toutes les personnes morales de droit public.

²⁹³D. n° 2007-807 du 11 mai 2007.

²⁹⁴D. du 1^{er} février 1896 ; D. n° 66-388 du 13 juin 1966. Sur cette ancienne procédure, V. T. TISSIER, *op. cit.*, n° 285 et s., p. 2 et s. ; M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1679, p. 502 ; V. GUEDJ, *Essai sur le régime juridique des fondations*, thèse de doctorat, Paris : Université de Paris II, 1999, n° 156 et s., p. 112 et s.

²⁹⁵D. n° 2002-449 du 2 avril 2002, art. 3.

²⁹⁶La procédure d'interpellation valait aussi bien pour les personnes morales de droit privé soumises à la tutelle administrative que pour les personnes morales de droit public. Pour une critique de la suppression totale de cette procédure d'interpellation, V. J.-P. MARGUÉNAUD et B. DAUCHEZ, *op. cit.*, n° 381.23, p. 1139.

²⁹⁷D. n° 2007-807 du 11 mai 2007, art. 1^{er}.

²⁹⁸C. civ., art. 910 ; D. n° 2007-807 du 11 mai 2007, art. 4. Pour les libéralités adressées aux personnes morales de droit public, la tutelle administrative fait l'objet de dispositions spéciales qui reprennent, peu ou prou, le droit commun.

mois²⁹⁹, vaut acceptation tacite. Cette règle ne joue pas en cas de réclamations des héritiers puisque dans ce cas, l'autorisation résulte d'un décret en Conseil d'État³⁰⁰, qui n'est soumis à aucun délai.

La décision administrative, qu'elle soit expresse ou tacite, est susceptible d'un recours de la part du groupement comme des héritiers : recours hiérarchique³⁰¹ ou saisine du juge administratif sur le fondement du recours pour excès de pouvoir³⁰². En outre, il a toujours été admis que le juge judiciaire sanctionne, sur le terrain de la nullité absolue, une libéralité en cas de non-respect des règles de la capacité d'exercice³⁰³.

280. L'acceptation provisoire. Au regard du temps, parfois important, d'intervention de la décision, le législateur a rapidement admis que le groupement puisse accepter provisoirement, et sans autorisation préalable, la libéralité qui lui est adressée³⁰⁴. Un tel procédé devait permettre de limiter les risques de caducité de l'offre de donation le temps de l'instruction du dossier et de l'autorisation d'acceptation³⁰⁵. L'établissement peut alors prendre toutes les mesures conservatoires sur les biens objets de la libéralité. Dans ce cas, l'autorisation a un effet rétroactif³⁰⁶. Au contraire, en cas de refus, la libéralité devient caduque. À l'heure actuelle, une telle proposition n'a véritablement d'intérêt qu'en cas de réclamation des familles dans la mesure où la procédure n'est enfermée dans aucun délai.

Il reste à voir quels sont les objectifs poursuivis par une telle procédure.

²⁹⁹D. n° 2007-807 du 11 mai 2007, art. 5. Le délai commence à courir à compter de la demande d'autorisation.

³⁰⁰L. du 4 février 1901, art. 7.

³⁰¹V. V. GUEDJ, *op. cit.*, n° 165, p. 125.

³⁰²V. M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1679, p. 503. Comp. J.-P. MARGUÉNAUD et B. DAUCHEZ, *op. cit.*, n° 371.181, p. 1123 (seul un recours contentieux serait ouvert).

³⁰³V. R. CASSIN, *Droit civil approfondi et comparé : les libéralités avec charge et les fondations*, Paris : les Cours de droit, 1939, p. 265 ; J. FLOUR et H. SOULEAU, *Droit civil : Les libéralités*, par H. SOULEAU, Paris : Armand Colin, 1982, coll. « U Série Droit privé », n° 357, p. 234 ; M. GRIMALDI, *op. cit.*, note n° 64, ss. n° 1680, p. 504.

³⁰⁴L. du 4 février 1901, art. 8. *Adde* V. GUEDJ, *op. cit.*, n° 160, p. 117 et s.

³⁰⁵V. L. AUCOC, *Les établissements publics et la loi du 4 février 1901*, Paris : A. Picard, 1901, p. 29 (citant les travaux préparatoires à la loi du 4 février 1901).

³⁰⁶V. T. TISSIER, *op. cit.*, n° 482, p. 389.

3. Les objectifs de la procédure d'autorisation préalable

Les intérêts à prendre en compte par l'autorité de tutelle sont multiples. Leur conciliation est vite apparue nécessaire. Pour ce faire, la pratique administrative a mis en place une réserve dite « administrative ».

La diversité des objectifs (a) impose un arbitrage rendu possible par la réserve administrative (b).

a. La diversité des objectifs

281. Capacité et spécialité. Traditionnellement, la procédure d'autorisation administrative doit permettre à l'autorité de tutelle de contrôler le respect des conditions de forme et de fond des libéralités ainsi que d'arbitrer entre les différents intérêts en présence, à savoir ceux de l'État, de la famille et des personnes morales elles-mêmes³⁰⁷. Ainsi, elle impose à l'autorité étatique de vérifier que le groupement gratifié jouit bien de la capacité de recevoir des libéralités, mais également que l'acte libéral respecte la spécialité du groupement³⁰⁸, sur laquelle nous reviendrons³⁰⁹. En pratique, il n'est pas rare que l'autorité de tutelle précise l'affectation à donner à la libéralité³¹⁰.

282. L'intérêt des familles. Quant à l'intérêt de la famille du disposant, il est doublement pris en compte. D'une part, en matière de legs, il est permis aux membres de la famille de porter leur réclamation auprès de l'autorité de tutelle dans un délai de six mois à compter de l'ouverture du testament³¹¹. D'autre part, le préfet doit « recueillir des renseignements sur la situation de famille et de fortune du donateur »³¹². Il résulte de la loi elle-même que les héritiers du donateur peuvent présenter leurs réclamations même en l'absence de procédure prévue à cet effet³¹³. À l'inverse, rien n'empêche le préfet de recueillir des informations sur la

³⁰⁷V. T. TISSIER, *op. cit.*, n° 463, p. 340 et s. ; F. BÉQUE, *Théorie générale de la spécialité des personnes morales*, thèse de doctorat en droit, Grenoble : Université de Grenoble, 1908, p. 31 ; R. CASSIN, *op. cit.*, p. 262 et s. Comp. V. GUEDJ, *op. cit.*, n° 152, p. 109 (la bonne gestion administrative impliquerait cet encadrement).

³⁰⁸Pour permettre à l'autorité d'exercer son contrôle, le groupement doit lui adresser ses statuts ainsi que l'emploi envisagé pour la libéralité (D. n° 2007-807 du 11 mai 2007, art.4).

³⁰⁹V. *infra*, n° 320.

³¹⁰V. V. GUEDJ, *op. cit.*, n° 164, p. 123.

³¹¹D. n° 2007-807 du 11 mai 2007, art. 6 ; CGCT, art. R. 2242-2 et R. 3213-10 ; C. dom. Ét., art. R. 23. Pour les libéralités adressées à l'État ou à ses établissements, les réclamations sont adressées au ministre de l'Intérieur, voire au ministre compétent.

³¹²D. n° 2007-807 du 11 mai 2007, art. 6.

³¹³La loi fait expressément mention aux réclamations des héritiers en cas de « dons et legs » (L. du 4 février 1901, art. 7).

situation familiale du testateur en l'absence de réclamations des héritiers³¹⁴. Pour mener à bien sa réflexion, l'autorité de tutelle s'attache à l'origine des biens (familiaux ou acquis par le disposant), le degré de parenté entre le disposant et les héritiers et l'état de fortune de ces derniers³¹⁵.

Le refus d'autorisation a pour effet de faire revenir les biens, objet du legs, dans la succession du *de cuius*³¹⁶. Ce faisant, le refus profite nécessairement à tous les héritiers *ab intestat* même ceux dont les intérêts ne sont pas atteints par la libéralité³¹⁷. Il en sera différemment s'ils ont été expressément exhérés³¹⁸. De même, en présence de légataires universels, ces derniers primeront les héritiers³¹⁹. Le refus motivé par la précarité des membres de la famille du testateur pourrait donc manquer son effet³²⁰.

De tels intérêts doivent être conciliés. La réserve administrative a été créée dans ce dessein.

b. *L'arbitrage par la réserve administrative*

283. La reconnaissance d'une réserve administrative. L'autorité de tutelle doit opérer un arbitrage entre différents intérêts. Plutôt que d'en faire primer un sur un autre, la pratique administrative a pris l'habitude de « rendre une décision nuancée »³²¹, voire « partielle » en matière de legs³²². Elle autorise son acceptation sous réserve qu'une quote-part soit dévolue aux héritiers. Ce faisant elle consacre une véritable *réserve administrative*³²³. La validité du

³¹⁴Il a pu arriver au gouvernement (ancienne autorité de tutelle) de refuser l'autorisation sur ce fondement, en l'absence même de toute réclamation des héritiers (V. T. TISSIER, *op. cit.*, n° 465, p. 347).

³¹⁵V. T. TISSIER, *op. cit.*, n° 465, p. 345.

³¹⁶CE, 27 février 2006, n° 267965, *Inédit*. Ainsi la Haute juridiction décide que « le legs ayant fait l'objet d'un refus d'autorisation d'acceptation retombe libre de toute affectation dans la succession et doit être dévolu aux ayants droit suivant les règles légales de dévolution successorale, combinées avec la volonté du testateur ; que le refus d'autoriser [le bénéficiaire] à accepter le legs particulier dont elle avait été gratifiée a ainsi eu pour conséquence d'augmenter la part de l'actif successoral dévolu à l'association [...] instituée légataire universelle ».

³¹⁷CE, 27 février 2006, précité. Selon la Haute juridiction de l'ordre administratif « l'autorité de tutelle est, en revanche, incompétente pour désigner, le cas échéant, les bénéficiaires du legs dont la perception n'aurait pas été autorisée ». *Adde* T. TISSIER, *op. cit.*, n° 473, p. 359 ; V. GUEDJ, *op. cit.*, n° 163, p. 121.

³¹⁸Req., 6 novembre 1878, S. 1879, 1, p. 33.

³¹⁹CE, 27 février 2006, précité. *Adde* T. TISSIER, *op. cit.*, n° 465, p. 348.

³²⁰Dans l'arrêt du 27 février 2006, précité, le refus du Premier ministre reposait sur une réclamation des familles et sur « la situation de précarité financière » des trois héritiers du disposant.

³²¹M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1679, p. 503.

³²²V. T. TISSIER, *op. cit.*, n° 469, p. 354 ; M. PLANIOL ET G. RIPERT, *op. cit.*, n° 884, p. 1132 ; M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1679, p. 503.

³²³Pour des auteurs, l'expression serait impropre dans la mesure où il ne s'agit pas d'un droit pour les héritiers, mais d'une « simple bienveillance de la part de l'Administration » (V. J. FLOUR ET H. SOULEAU, *op. cit.*, n° 353, p. 323).

procédé reposerait sur un argument *a fortiori*³²⁴. Le législateur, en ayant permis à l'autorité de tutelle de refuser l'acceptation pour le tout, l'autorise nécessairement à prendre une décision moins radicale pour le groupement, à savoir s'opposer partiellement. Ce faisant, l'administration va réduire le legs dans la proportion qu'elle juge utile.

À l'instar du refus d'autorisation, la « réduction administrative » profite à tous les héritiers, voire aux légataires universels³²⁵ : la part réduite réintègre la succession *ab intestat*. Afin d'éviter l'application des règles de dévolution légale³²⁶, plutôt que de réduire la libéralité, l'autorité de tutelle invite le groupement bénéficiaire et les héritiers nécessaires à s'entendre. L'autorité administrative autorise alors l'acceptation de la libéralité après avoir visé la transaction des parties³²⁷, ou les « engagements unilatéraux [du groupement] en faveur » des héritiers³²⁸.

284. Critiques. La licéité d'une telle pratique n'a rien d'évident. Tout est fait comme si *le bénéficiaire cantonnait la libéralité reçue en y renonçant partiellement au profit de certains héritiers*. Or, toute faculté de cantonnement a longtemps été prohibée par le droit français³²⁹. Si le nouvel article 1002-1 du Code civil l'admet désormais, il prévoit que le cantonnement profite à tous les successibles³³⁰.

Surtout, la technique même de la réserve administrative est discutable. Elle a été l'objet de très nombreuses critiques. Il lui est reproché de priver de manière excessive le bienfaiteur de son droit de disposer à titre gratuit au-delà des limites de la réserve héréditaire, voire au profit d'héritiers non réservataires que le législateur lui-même n'a pas jugés dignes de protection³³¹. De surcroît, une telle procédure ne se comprend plus au lendemain de la réforme de 2005. Dans le cadre de la procédure de non-opposition toute référence aux intérêts des familles a, en

³²⁴V. T. TISSIER, *op. cit.*, n° 470, p. 354. *Contra* M.-J. PONS, *Des dons et legs en faveur des personnes morales*, Avignon : impr. de Seguin, 1879, p. 70 (la réduction par l'autorité administrative serait illégale, constitutive d'un excès de pouvoir dans la mesure où elle reviendrait à refaire le testament et à substituer la volonté de l'État à celle des particuliers) ; X. BETHOUX, *Des libéralités dont l'acceptation est soumise à l'autorisation administrative, en droit français*, Voiron, 1886, p. 160.

³²⁵V. T. TISSIER, n° 473, p. 358.

³²⁶V. T. TISSIER, *op. cit.*, n° 473, p. 359.

³²⁷V. CE, 6 décembre 1972, *Sieur Billet*, n° 80315 et n° 80335, *Rec.*, p. 786. *Adde* T. TISSIER, *op. cit.*, n° 473, p. 359.

³²⁸V. CE, 8 novembre 2000, n° 204762 ; *JCP G* 2001, II 10624, concl. M.-H. MITJAVILE ; CE, 27 février 2006, précité.

³²⁹Sur cette interdiction, V. F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Droit civil : Les successions, les libéralités*, 4^e éd., Paris : Dalloz, 2014, coll. « Précis. Droit privé », n° 472, p. 433.

³³⁰Le texte précise qu'un tel cantonnement ne saurait constituer une libéralité du légataire envers les successibles.

³³¹V. M.-J. PONS, *op. cit.*, p. 70 ; X. BETHOUX, *op. cit.*, p. 160 ; Congrès des notaires de France, *Le monde associatif*, 92^e Congrès des notaires de France, Deauville, 12-15 mai 1996, Paris : Litec, 1996, p. 416 ; V. GUÉDI, *op. cit.*, n° 399, p. 253.

effet, été abandonnée³³². Finalement, la réduction administrative ne concerne que les personnes morales de droit public ainsi que les établissements de santé et les établissements sociaux et médico-sociaux. Il paraît peu opportun de préférer des héritiers non réservataires aux personnes publiques. Quant aux établissements spécialisés, la tutelle est finalisée. Elle vise uniquement à prévenir les risques de captation³³³. Enfin, si le principe d'égalité devant la loi autorise à traiter différemment des groupements placés dans des situations différentes, la justification de la différence de traitements opérés entre les héritiers peine à se dévoiler. Le successeur, dont les intérêts sont lésés, se trouve dans la même situation qu'il soit en face d'une personne morale de droit public ou d'une fondation reconnue d'utilité publique. Le maintien de la réserve administrative dans le seul cadre de la procédure d'autorisation préalable paraît créer une discrimination entre les héritiers ainsi que vis-à-vis des bienfaiteurs dont la volonté est assurée d'être pleinement respectée qu'en cas de désignation d'un groupement ne rentrant pas dans le cadre de l'article 910, alinéa 1^{er}. Un disposant bien conseillé devrait se détourner des groupements visés par ce texte au profit des groupements pouvant accepter librement des libéralités. La réserve administrative doit être supprimée.

Une décision du Conseil d'État, en date du 27 février 2006, pourrait bien avoir franchi un pas en ce sens. En l'espèce, le groupement gratifié reprochait à l'autorité de tutelle d'avoir refusé l'intégralité du legs plutôt que d'avoir « refusé l'acceptation à hauteur du secours jugé suffisant ». La Haute juridiction répond que si l'autorité de tutelle peut prendre en compte les « engagements unilatéraux que l'établissement gratifié a librement souscrit en faveur d'un ou plusieurs héritiers naturels », elle ne saurait « légalement assortir l'autorisation d'accepter un legs d'une condition imposant à l'établissement gratifié l'obligation de verser aux héritiers naturels ou à certains d'entre eux des sommes devant être prélevées sur le montant des libéralités »³³⁴. Ce faisant, la Haute juridiction semble condamner toute réduction unilatérale de la part de l'autorité de tutelle. La portée d'une telle décision doit être tempérée. D'abord, elle est inédite. Ensuite, parce qu'en pratique, il suffit à l'autorité de tutelle de faire connaître au bénéficiaire de la libéralité sa volonté de s'opposer pour que ce dernier soit tenu en fait, sinon en droit, de cantonner le bénéfice de celle-ci³³⁵.

³³²V. *infra*, n° 291.

³³³V. *supra*, n° 276.

³³⁴CE, 27 février 2006, n° 267965, *Inédit*.

³³⁵Pour une illustration, V. CE, 8 novembre 2000, précité. Dans cette espèce, le Conseil d'État avait entrepris de négocier avec le bénéficiaire. Face à son inertie, le Premier ministre a refusé l'autorisation nécessaire à l'acceptation de la libéralité.

L'appréciation des intérêts de la famille devrait être abandonnée à l'instar des hypothèses dans lesquelles l'acceptation est libre sous réserve de la non-opposition de l'autorité de tutelle.

C. Les situations intermédiaires : une acceptation libre sous réserve de non-opposition

L'étude de la procédure de non-opposition suivra la même logique que l'examen de la procédure d'autorisation préalable. Après avoir examiné les groupements concernés par la procédure de non-opposition (1), il conviendra d'étudier ses modalités (2) et ses objectifs (3).

1. Les groupements concernés

285. Les réformes de 2005 à 2015. Avant la réforme opérée par l'ordonnance du 28 juillet 2005³³⁶, tous les établissements d'utilité publique étaient soumis à un régime d'autorisation préalable. Si le premier alinéa de l'article 910 du Code civil intègre toujours ces établissements dans le champ des groupements ne jouissant pas de la capacité d'exercice, les alinéas qui suivent, maintes fois réécrits depuis, posent deux séries d'exception venant finalement vider de sa substance le contenu de l'alinéa premier. Ces exceptions ont récemment été réunies au sein de l'article 910 autour de deux parties selon la nationalité du groupement : les articles 910, II et 910, III du Code civil³³⁷.

286. Les groupements français. L'article 910, II se décompose, d'abord, en trois alinéas devenus parfaitement illisibles. La future loi de ratification de l'ordonnance de 2015 devrait mettre de l'ordre dans ce texte. Le premier alinéa pose le principe de la liberté d'acceptation pour un certain nombre de groupements. Le deuxième offre au représentant de l'État dans le département la possibilité de s'opposer à la libéralité acceptée *a posteriori* afin de la priver d'effet. Le troisième déclare l'alinéa précédent non applicable à une série de groupements inclus au sein du premier alinéa.

Il en résulte que sont seuls soumis à la procédure d'autorisation préalable les groupements visés par le premier alinéa et non repris au troisième. Quant à ceux cités par ces deux textes,

³³⁶Ord. n° 2005-856 du 28 juillet 2005, art. 1^{er}.

³³⁷Ord. n° 2014-904 du 23 juillet 2015, art. 4.

ils ont déjà été rencontrés. Ils jouissent désormais d'une pleine capacité d'exercice. Il s'agit des fondations et associations reconnues d'utilité publique, des associations de droit local dont la mission est reconnue d'utilité publique ainsi que les fondations de droit local³³⁸.

Finalement, il ressort de la combinaison de ces dispositions que les groupements acceptant librement les libéralités reçues sous réserve de la non-opposition de l'autorité de tutelle sont : *les congrégations ; les associations d'intérêt général ; les associations de droit local dont la mission n'est pas reconnue d'utilité publique et les établissements publics de culte de droit local.*

287. Les États et groupements étrangers. L'article 910, III du Code civil soumet, ensuite, les États et groupements étrangers à une intervention de l'autorité de tutelle. Les libéralités qui leur sont adressées peuvent être acceptées librement sous réserve de la non-opposition du ministre de l'Intérieur³³⁹. Si la capacité de jouissance comme d'exercice de ces groupements est normalement régie par leur loi nationale³⁴⁰, les dispositions de l'article 910, III du Code civil s'imposeraient en qualité de lois de police³⁴¹.

À l'image de la procédure d'autorisation préalable, les modalités de la procédure de non-opposition sont clairement établies.

2. Les modalités de la procédure de non-opposition

288. Une déclaration. La procédure de non-opposition est régie par le décret du 11 mai 2007³⁴². Si l'article 910 du Code civil permet au préfet de s'opposer à l'acceptation de la libéralité, encore faut-il qu'il ait pu en prendre connaissance. Ainsi, une fois celle-ci acceptée librement par le groupement, une déclaration doit être faite à l'autorité de tutelle. Cette

³³⁸V. *supra*, n° 273.

³³⁹D. 2007-807 du 11 mai 2007, art. 6-2 et suivants, inséré par D. 2012-377 du 19 mars 2012, art. 4.

³⁴⁰V. *supra*, n° 265.

³⁴¹V. M. REVILLARD, *J.-Cl. droit international*, fasc. 526-10 : « Associations en droit international privé », n° 24 ; *J.-Cl. droit international*, fasc. 526-11 : « Fondations en droit international privé », n° 22. Comp. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, t. 1, *Sources, nationalité, condition des étrangers, conflits de lois (théorie générale)*, 8^e éd., Paris : LGDJ, 1993, n° 207, p. 363. Sur la notion de lois de police, V. P. MAYER, *Rép. internat. dalloz*, v° *Lois de police*.

³⁴²D. n° 2007-807 du 11 mai 2007.

déclaration émane de l'organisme bénéficiaire en cas de donation ou du notaire chargé de régler la succession en cas de legs³⁴³.

Une telle déclaration est inutile lorsque la libéralité participe à la constitution d'un nouveau groupement de biens. Ainsi, le texte précise que le décret de reconnaissance d'utilité publique d'une fondation vaut absence d'opposition à l'acceptation à venir de l'acte de fondation³⁴⁴.

289. Une décision. L'autorité de tutelle dispose alors d'un délai de quatre mois pour s'opposer en présence de groupements français³⁴⁵, douze pour les groupements étrangers³⁴⁶. Ce délai court à compter de l'accusé de réception de la déclaration³⁴⁷. À son expiration, le silence gardé vaut non-opposition tacite. Une attestation est alors fournie au groupement, à sa demande³⁴⁸.

Lorsque l'autorité envisage de s'opposer, elle doit en informer le groupement pour recueillir ses observations³⁴⁹. La décision d'opposition doit, en effet, être motivée³⁵⁰. Une telle décision est notifiée au groupement et est susceptible d'un recours hiérarchique ainsi que d'un recours pour excès de pouvoir³⁵¹. De la même manière, la décision de non-opposition doit pouvoir faire l'objet d'un recours de la part des héritiers³⁵².

290. Difficultés. L'article 910-II du Code civil précise les conséquences attachées à l'opposition de l'autorité de tutelle. *La libéralité est privée d'effet*. Une telle sanction est originale³⁵³. Elle rappelle les effets attachés au jeu d'une condition résolutoire. Ainsi, la

³⁴³D. n° 2007-807 du 11 mai 2007, art. 1^{er}.

³⁴⁴D. n° 2007-807 du 11 mai 2007, art. 3.

³⁴⁵D. n° 2007-807 du 11 mai 2007, art. 2.

³⁴⁶D. n° 2007-807 du 11 mai 2007, art. 6-2.

³⁴⁷Les auteurs ont relevé le caractère « original » de ce procédé dans la mesure où il appartient à cette autorité de fixer elle-même le jour où le délai commence à courir (V. J.-F. SAGAUT, art. précité, n° 33 ; J.-P. MARGUÉNAUD et B. DAUCHEZ, *op. cit.*, n° 371.201, p. 1125).

³⁴⁸D. n° 2007-807 du 11 mai 2007, art. 2, al. 4.

³⁴⁹D. n° 2007-807 du 11 mai 2007, art. 2, al. 1^{er}.

³⁵⁰Ce n'est que l'application de la règle en droit administratif selon laquelle les décisions individuelles défavorables doivent être motivées. Sur cette règle, V. R. CHAPUS, *Droit administratif général*, 15^e éd., Paris : Montchrestien, 2001, coll. « Domat. Droit public », n° 1321, p. 1132.

³⁵¹V. J.-P. MARGUÉNAUD et B. DAUCHEZ, *op. cit.*, n° 371.203, p. 1125. *Adde* Circ. du 23 juin 2010, précité, p. 8. En annexe, la circulaire contient un modèle de décision individuelle prévoyant expressément la possibilité d'un recours hiérarchique ainsi que d'un recours juridictionnel.

³⁵²Un tel recours leur est ouvert en matière d'autorisation préalable (V. *supra*, n° 279.). Peu importe la forme de la décision, il s'agit à chaque fois d'une *simple décision individuelle* à destination du seul groupement qui fait la demande (V. CE, 30 décembre 2009, n° 297433, à propos de l'arrêté préfectoral en cas d'autorisation préalable). Les héritiers apparaissent toujours comme des tiers lésés par cette décision. En cette qualité, ils ont intérêt à agir dans les formes du recours pour excès de pouvoir (V. R. CHAPUS, *op. cit.*, n° 1008, p. 795).

³⁵³En droit civil, une même sanction est prévue en matière d'assistance médicale à la procréation. Il est prévu que le consentement donné à celle-ci peut être privé d'effet dans un certain nombre d'hypothèses (C. civ., art. 311-20).

libéralité acceptée produit ses effets à compter de la date de son acceptation³⁵⁴. *Elle est valablement formée*. La réalisation de l'événement, compris comme l'opposition de l'autorité de tutelle, revient sur ces derniers de manière rétroactive. Pour éviter les difficultés pratiques attachées à la rétroactivité, les praticiens seraient bien avisés de stipuler des clauses suspensives dans leurs actes³⁵⁵.

Reste que ni la loi ni le décret d'application n'ont prévu de sanction spécifique en cas d'absence de déclaration. Le risque de non-déclaration est d'autant plus fort en présence de donation puisqu'elle est le fait du donataire et non du notaire³⁵⁶. Il est vrai que le juge judiciaire s'est reconnu compétent pour annuler les libéralités pour manquement aux règles relatives à la capacité d'exercice sous l'empire de la procédure d'autorisation préalable³⁵⁷. Pourtant l'hypothèse est différente : la déclaration *a posteriori* ne constitue pas une condition de validité de la libéralité qui peut être librement acceptée. Cette obligation n'en demeure pas moins une règle de capacité d'exercice³⁵⁸. Dès lors, il n'est pas sûr que le juge judiciaire, saisi par les héritiers ou un légataire universel, puisse déclarer nulle la libéralité. La stipulation dans les actes entre vifs d'une clause suspensive, attachée à la non-opposition – expresse ou tacite – de l'autorité de tutelle paraît doublement opportune.

À la différence de la procédure d'autorisation préalable, la procédure de non-opposition ne laisse aucune place aux héritiers. Ses objectifs sont donc différents.

3. Les objectifs de la procédure de non-opposition

291. Des critères objectifs. À la différence des objectifs poursuivis par la procédure d'autorisation préalable, ceux qui permettent à l'autorité de tutelle de s'opposer à l'acceptation de la libéralité sont expressément précisés par les textes. Ils sont au nombre de deux. L'article 910, II du Code civil affirme que l'autorité peut, et non doit, ce qui aurait été préférable, s'opposer lorsque l'organisme bénéficiaire « ne satisfait pas aux conditions légales exigées pour avoir la capacité juridique de recevoir des libéralités ou qu'il n'est pas apte à

³⁵⁴À propos des effets du refus d'autorisation sur l'acceptation provisoire, un auteur estime que « l'établissement gratifié ayant accepté provisoirement la libéralité n'a qu'un droit éventuel, conditionnel et suspendu à l'autorisation administrative » (V. V. GUEDEJ, *op. cit.*, n° 161, p. 545).

³⁵⁵Dans le même sens, V. J.-F. SAGAUT, art. précité, n° 40 ; J.-P. MARGUÉNAUD et B. DAUCHEZ, *op. cit.*, n° 371.203, p. 1125.

³⁵⁶En pratique, le donataire donne généralement mandat au notaire de réaliser cette formalité de sorte que le risque apparaît davantage théorique que pratique.

³⁵⁷V. *supra*, n° 279.

³⁵⁸V. F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Droit civil : Les successions, les libéralités*, 4^e éd., Paris : Dalloz, 2014, coll. « Précis. Droit privé », n° 661, p. 586.

utiliser la libéralité conformément à son objet statutaire ». En ce sens, tout bénéficiaire doit présenter « la justification de [son] aptitude à en exécuter les charges ou à en satisfaire les conditions *compte tenu de son objet statutaire* »³⁵⁹. En d'autres termes, les possibilités d'opposition sont limitées au respect des conditions de *capacité de jouissance* et du *principe de spécialité* sur lequel nous allons revenir³⁶⁰. Du côté des libéralités adressées à un groupement étranger, l'opposition du ministre peut également être motivée au regard des « engagements internationaux souscrits par la France ou de la défense de ses intérêts fondamentaux »³⁶¹.

Finalement, depuis le 1^{er} janvier 2006, les libéralités adressées aux groupements assujettis à la procédure de déclaration, n'ont plus à être confrontées aux intérêts des familles. Les héritiers ne peuvent plus faire de réclamations. Quant au préfet, il n'a pas à tenir compte de la situation de fortune du disposant, ni des héritiers³⁶². *Les cas d'ouverture du contrôle sont purement objectifs*³⁶³.

292. Capacité des associations à statut particulier et rescrit. L'autorité de tutelle recherche alors si le groupement est capable de recevoir des libéralités. Dans la majorité des cas, cette capacité résulte de la nature même du groupement ou d'un agrément. Le contrôle est facilité ; il est limité au respect de la spécialité. Au contraire, la « grande capacité » est parfois attachée à un statut particulier : *associations d'intérêt général*³⁶⁴ et *associations cultuelles*³⁶⁵. Les organismes qui prétendent répondre à cette qualification doivent apporter toutes les justifications nécessaires à l'autorité de tutelle³⁶⁶. *La décision de non-opposition leur reconnaît implicitement le statut qu'elles réclament*. Elle s'impose alors au juge judiciaire³⁶⁷.

³⁵⁹D. n° 2007-807 du 11 mai 2007, art. 1^{er}, 4°. Nous soulignons. Comp. D. n° 2007-807 du 11 mai 2007, art. 6-4 (prévoyant que le ministre peut s'opposer à la libéralité adressée à un groupement étranger « lorsque son objet statutaire ne lui permet pas d'exécuter les charges liées à la libéralité »).

³⁶⁰V. *infra*, n° 320.

³⁶¹D. n° 2007-807 du 11 mai 2007, art. 6-4. Le texte prévoit également une possibilité d'opposition lorsque les activités du groupement ou de ses dirigeants sont visées par la loi du 12 juin 2001 sur les phénomènes sectaires. Seuls les groupements français sont, en effet, soumis dans ce cas à la procédure d'autorisation préalable (V. *supra*, n° 277.).

³⁶²Cette indifférence résulte du décret qui impose au préfet de prendre en considération ces éléments dans le cadre de la procédure d'autorisation préalable. Non évoqués du côté de la procédure de non-opposition, ces éléments sont nécessairement abandonnés. *Adde* Circ. du 1^{er} août 2007, précité, p. 4.

³⁶³Encore qu'il existerait une part d'appréciation subjective liée à l'appréhension de l'inaptitude du groupement à utiliser les libéralités conformément à son objet social (V. J.-F. SAGAUT, art. précité, n° 12).

³⁶⁴V. *supra*, n° 254.

³⁶⁵V. *supra*, n° 249.

³⁶⁶D. n° 2007-807 du 11 mai 2007, art. 1^{er}, 5°.

³⁶⁷Au lendemain de l'ordonnance du 28 juillet 2005, l'absence de capacité juridique n'était pas un motif d'opposition du Préfet au sens de l'article 910 du Code civil. Les différends tenant à la capacité de ces associations étaient renvoyés au juge judiciaire. En cas de doute, il appartenait aux préfets de saisir ce dernier (V. Circ. du 1^{er} août 2007, précité). Face aux difficultés pratiques, le législateur a réintroduit le contrôle de la

Il résulte de ce dispositif que l'association pourrait être amenée à prendre connaissance de son incapacité de recevoir une libéralité, après avoir accepté une libéralité dont elle ne pouvait pas bénéficier en raison de son incapacité. Face aux risques évidents d'insécurité juridique, le législateur a mis en place, dès 2009, une procédure de *rescrit administratif*³⁶⁸. Elle vise « à créer un mécanisme, plus ou moins formel, d'interrogation de l'Administration par des administrés voulant connaître le sens d'une norme applicable à leur situation »³⁶⁹. C'est avant tout « une réponse d'une autorité administrative à une demande expresse émanant d'un administré »³⁷⁰. Le rescrit constitue « une authentique décision », « un acte administratif unilatéral », et donc « un acte individuel »³⁷¹. Il s'agit d'une procédure par essence facultative³⁷².

La procédure du rescrit administratif en matière de libéralités à caractère collectif est prévue par une loi du 12 mai 2009³⁷³. Elle est destinée aux seules associations n'ayant pas reçu de libéralité au cours des cinq précédentes années. Ce faisant, le législateur a réinstauré la règle existante sous l'empire du droit antérieur selon laquelle la reconnaissance de la « grande capacité juridique », attachée implicitement à la non-opposition, vaut pendant cinq ans³⁷⁴. Faute d'avoir reçu une libéralité sur cette période, l'association peut interroger le représentant de l'État, afin de savoir si elle répond ou non aux exigences légales pour être une association à statut particulier. Là encore, le silence gardé par l'autorité administrative pendant quatre

capacité juridique dans la sphère de compétence du préfet. Le rapporteur à l'Assemblée nationale précise alors que la nouvelle rédaction du texte « permettra de rétablir la sécurité juridique dont ont besoin tant les associations que les administrations et les collectivités territoriales, en permettant aux associations et fondations ayant bénéficié d'une donation ou d'un legs sans opposition préfectorale de se prévaloir de la qualité d'association apte à recevoir des libéralités » (V. Rapp. AN 2008, n° 1145, p. 119).

³⁶⁸Sur ce mécanisme, V. CE, *Le rescrit, sécuriser les initiatives et les projets : étude adoptée le 14 novembre 2013 par l'Assemblée générale du Conseil d'État*, Paris : la Documentation française, 2014, coll. « Les études du Conseil d'État »

³⁶⁹V. B. PLESSIX, « Le rescrit en matière administrative », *RJEP* 2008, n° 657, p. 3 et s. (définition *stricto sensu* du mécanisme). D'autres définitions sont encore proposées. Pour le Conseil d'État, « le rescrit se définit comme une prise de position formelle de l'administration, qui lui est opposable, sur l'application d'une norme à une situation de fait décrite loyalement dans la demande présentée par une personne et qui ne requiert aucune décision administrative ultérieure » (V. CE, *Le rescrit : sécuriser les initiatives et les projets*, op. cit., p. 20). Du latin *rescriptum*, du verbe *rescribere*, « écrire en retour », cette procédure est héritée du droit de l'Empire romain, sous lequel le *rescriptum* « a désigné la réponse écrite de l'empereur, sur une question de droit, à la demande de consultation d'un magistrat, d'un gouverneur de province ou d'un particulier » (V. G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., Paris : PUF, 2014, coll. « Quadriges », v° *Rescrit*). Parfois, une définition plus large du rescrit est retenue incluant les réponses des autorités juridictionnelles (V. *ibidem*).

³⁷⁰V. B. PLESSIX, art. précité, n° 14.

³⁷¹V. B. PLESSIX, art. précité, n° 19 et n° 20. Selon l'auteur, l'Administration « ne se contente pas de décrire », elle « prescrit », elle « s'engage ». Pour autant, la nature du rescrit est sujette à débats. Parfois le rescrit est conçu comme un simple « avis » (V. B. OPPETIT, « La résurgence du rescrit », *D.* 1991, chr. p. 105 et s.), voire comme un simple « mécanisme d'interprétation du droit » et donc privé de tout effet juridique (V. A. MASSON, « La force juridique de la doctrine des autorités de régulation », *Bull. Joly Bourse* 2006, p. 292 et s.).

³⁷²Pour le Conseil d'État, le rescrit est laissé à la discrétion de l'usager (V. CE, *Le rescrit : sécuriser les initiatives et les projets*, op. cit., p. 18).

³⁷³L. n° 2009-526 du 12 mai 2009, art. 111, V.

³⁷⁴D. n° 66-388 du 13 juin 1966, art. 3-4, anc.

mois vaut acceptation tacite³⁷⁵. Une attestation est fournie à la demande de l'association³⁷⁶. En cas de reconnaissance expresse ou tacite, le rescrit est lui-aussi valable pendant cinq ans, sauf son abrogation³⁷⁷. Durant cette période, l'autorité de tutelle, saisie dans le cadre d'une déclaration de libéralité, ne vérifie que le respect du principe de spécialité³⁷⁸.

L'existence d'une telle procédure n'est pas sans rappeler le *rescrit fiscal*³⁷⁹. Afin d'éviter une appréciation divergente des autorités centrales sur une même association, un récent décret³⁸⁰ est venu préciser que le rescrit fiscal favorable à l'association faisait présumer le respect des conditions posées par l'article 6 de la loi du 1^{er} juillet et s'imposait alors au préfet³⁸¹.

293. Conclusion de la Section. L'étude des règles relatives à la capacité juridique des groupements bénéficiaires de libéralités à caractère collectif a montré la grande hétérogénéité des solutions, ce qui les rend d'autant plus critiquables.

Section II. Critiques des règles de capacité

Les règles relatives à la capacité des groupements n'ont cessé d'être modifiées ces dernières années, qu'il s'agisse de règles relatives à l'acquisition de la « grande capacité » de jouissance, récemment reconnue à toutes les associations d'intérêt général, ou de celles qui concernent la capacité d'exercice dont la dernière retouche date de juillet 2015. Toutes ces réformes participent d'une même philosophie. Certaines paraissent aller dans le bon sens, d'autres sont critiquables. De nombreuses améliorations restent encore à faire.

L'étude de la philosophie des règles de capacité (§1) est un préalable à des propositions (§2).

³⁷⁵D. n° 2007-807 du 11 mai 2007, art. 12-2, al. 4. Une telle règle est censée forcer l'Administration à apporter explicitement une réponse à la question posée (V. B. PLESSIX, art. précité, n° 14). En ce sens, la circulaire d'application considère que la procédure de rescrit permet aux associations de retrouver une certaine sécurité juridique qu'elles connaissaient lorsqu'elles bénéficiaient d'un arrêté d'autorisation (V. Circ. du 23 juin 2010, précité, p. 7). Aussi, recommande-t-elle de respecter les délais pour éviter des décisions implicites d'acceptation.

³⁷⁶D. n° 2007-807 du 11 mai 2007, art. 12-2, al. 4.

³⁷⁷D. n° 2007-807 du 11 mai 2007, art. 12-3.

³⁷⁸V. Circ. du 23 juin 2010, précité, p. 8. En cela, ce rescrit a pu être analysé comme une prédécision de l'Administration et non comme un véritable rescrit au sens du droit administratif (V. CE, *Le rescrit : sécuriser les initiatives et les projets*, *op. cit.*, p. 30).

³⁷⁹V. *supra*, n° 190.

³⁸⁰D. n° 2015-832 du 7 juillet 2015, art. 5.

³⁸¹D. n° 2007-807 du 11 mai 2007, art. 12-1, 4°.

§1. Philosophie des règles de capacité

L'histoire de la capacité de jouissance pourrait se résumer en trois temps. Pendant longtemps, les groupements bénéficiaires de libéralités ont été appréhendés avec méfiance par le pouvoir central. Cette suspicion s'est par la suite atténuée : les règles se sont assouplies ; une certaine prudence s'est installée. Elle a laissé place, ces dernières années, à une véritable bienveillance envers ces organismes.

Ces trois temps seront rapidement présentés : la méfiance (A), la prudence (B) et la bienveillance (C).

A. La méfiance

294. Une crainte séculaire à l'égard des biens de mainmorte. Les restrictions à la capacité des groupements trouvent leur origine dans l'histoire. Face au développement toujours plus important des corps intermédiaires et des biens de mainmorte, et face aux risques économiques, politiques et familiaux qu'ils faisaient peser sur le pouvoir central, l'Édit du Chancelier d'AGUESSEAU de 1749 soumet à une autorisation royale toute constitution de groupements ecclésiastiques ou laïcs³⁸² et à l'obtention de lettres patentes l'acceptation des libéralités entre vifs qui leur sont adressées³⁸³. La volonté affichée à l'époque est de préserver « la subsistance et la conservation des familles » auxquelles les biens sont normalement dévolus³⁸⁴ et le retour des biens de mainmorte dans le commerce³⁸⁵. Allant plus loin, la Révolution française supprime tous les corps intermédiaires. Les fondations et corporations sont vues avec méfiance, tandis que la liberté d'association est proclamée sans pour autant que la capacité juridique soit reconnue aux associations³⁸⁶. Dans cette lignée³⁸⁷, les articles 910 et 937 du Code civil, uniques dispositions à faire référence aux libéralités à

³⁸²Édit concernant les Établissements et Acquisitions des Gens de Main-morte, du mois d'août 1749, art. 1^{er}, in J.-M. PARDESSUS (éd.), *Œuvres complètes du chancelier d'Aguesseau*, t. 13, *Contenant la fin de la correspondance officielle, et plusieurs mémoires sur la justice et les finances*, n^{le} éd., Paris : Fantin : H. Nicole : de Pelafol, 1819, p. 64. Adde A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 1, 11^e éd., par L. JULIOT de LA MORANDIÈRE, Dalloz : Paris, 1947, n° 891, p. 708 ; R. CASSIN, *Droit civil approfondi et comparé : les libéralités avec charge et les fondations*, Paris : les Cours de droit, 1939, p. 24.

³⁸³Édit concernant les Établissements et Acquisitions des Gens de Main-morte, du mois d'août 1749, art. 4, in J.-M. PARDESSUS (éd.), *op. cit.*, p. 66.

³⁸⁴V. J.-M. PARDESSUS (éd.), *op. cit.*, p. 62.

³⁸⁵V. *ibidem*, p. 63.

³⁸⁶V. A. COLIN et H. CAPITANT, *op. cit.*, n° 892, p. 709 ; Adde R. CASSIN, *op. cit.*, p. 28 et s.

³⁸⁷V. R. CASSIN, *op. cit.*, p. 21.

caractère collectif, précisent les modalités d'acceptation des libéralités adressées aux hospices, aux pauvres et aux établissements d'utilité publique³⁸⁸.

295. Une reconnaissance limitée. Peu à peu la possibilité de constituer des groupements a été affirmée tout comme leur capacité de recevoir des libéralités, encore que cette faculté demeurait encadrée. D'abord, la possibilité de créer des fondations a été proclamée par le Conseil d'État dès un avis du 17 janvier 1806 en les soumettant à l'intervention du pouvoir central³⁸⁹. Puis, la liberté des syndicats professionnels et des associations de se former sans autorisation du pouvoir central a été reconnue à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle³⁹⁰. Pour autant, la « grande capacité » des associations était conditionnée à l'obtention d'une reconnaissance d'utilité publique. Quant à la création des congrégations, elle demeurait soumise à une autorisation du pouvoir central³⁹¹. Finalement, l'acquisition de la « grande capacité juridique » était toujours soumise à un acte public. Il est donc logique que la capacité des syndicats professionnels de recevoir des libéralités ait pu être discutée avant que le législateur la leur reconnaisse expressément en 1920³⁹². Tous ces groupements ont rapidement été soumis à la procédure de l'article 910 du Code civil. L'État pouvait alors vérifier que la libéralité respectait ses propres intérêts comme ceux des familles et ceux du groupement, encore qu'il a été affirmé que les rédacteurs du Code civil avaient davantage à l'esprit la protection des familles que les intérêts de l'État³⁹³.

Héritée de l'Ancien droit, la crainte à l'encontre des groupements intermédiaires s'est peu à peu dissipée, ce qui a permis un assouplissement des règles pesant sur ces derniers.

³⁸⁸À l'époque, ces textes ne visaient que les libéralités adressées aux personnes publiques (V. M. TROPLONG, *Droit civil expliqué*, t. 2, *Des donations entre-vifs et des testaments*, 3^e éd., Paris : H. Plon, 1872, n° 665, p. 64. *Contra* A. COLIN et H. CAPITANT, *op. cit.*, n° 892, p. 710).

³⁸⁹Reproduit par M. POMEY, *Traité des fondations d'utilité publique*, Paris : PUF, 1980, p. 405.

³⁹⁰L. du 21 mars 1884 (syndicats professionnels) ; L. du 1^{er} juillet 1901 (associations).

³⁹¹L. du 1^{er} juillet 1901 (congrégations).

³⁹²L. du 12 mars 1920.

³⁹³V. P. BENOIST, *Les dons et legs à personnes morales et le principe de spécialité*, Paris : LGDJ, 1938, p. 11 et s. Sur les arguments propres aux fondations perpétuelles. V. H. SOULEAU, *L'acte de fondation en droit français*, thèse de doctorat en droit, Paris : Université de Paris, 1969, p. 196 et s.

B. La prudence

296. Un assouplissement progressif. Dès la première moitié du xx^e siècle et tout au long de cette période, un assouplissement des restrictions pesant sur les groupements est perceptible. D'abord, le Parlement accepte en 1924 que les associations et fondations d'Alsace et Moselle, tout comme les établissements de culte demeurent soumis à la réglementation locale. Ensuite, le législateur de 1933 confère la « grande capacité juridique » à des associations simplement déclarées dès lors qu'elles poursuivent exclusivement des missions de bienfaisance. Plus tard, le législateur de 1987 étend la catégorie des associations dites assimilées aux associations ayant pour but exclusif l'assistance ou la recherche scientifique et médicale.

Au même moment, la pratique administrative a retenu des solutions extrêmement libérales en matière de dons manuels. D'une part, elle a autorisé tous les groupements à en recevoir même s'ils ne jouissaient pas de la « grande capacité juridique ». D'autre part, elle les a soustraits à la procédure d'autorisation préalable. Les dons manuels étant désormais détachés de l'idée de modicité³⁹⁴, ils peuvent porter sur des biens d'une valeur considérable. Le législateur de 1987, en consacrant cette double pratique, a entériné une atteinte profonde aux règles de capacité traditionnelle.

Quant à l'intervention de l'autorité de tutelle, elle s'est petit à petit déconcentrée au profit des services préfectoraux³⁹⁵, sauf l'hypothèse de la réclamation des familles.

Après plusieurs siècles de restrictions, le xxi^e siècle s'est ouvert sur un mouvement de faveur à l'égard des groupements.

C. La bienveillance

Cette bienveillance se traduit par une libéralisation des règles de capacité (1) qui démontre une profonde modification des intérêts à protéger (2).

³⁹⁴V. *supra*, n° 117.

³⁹⁵D. 66-388 du 13 juin 1966, art. 2, anc. Le Conseil d'État était appelé à autoriser les libéralités lorsqu'elles portaient sur des biens d'un montant supérieur à 300 000 francs.

1. La libéralisation des règles

297. Une libéralisation initiée par l'ordonnance de 2005. Un premier pas vers une libéralisation des règles a été franchi par la suppression de la procédure d'autorisation préalable pour un nombre très important de groupements par l'ordonnance du 28 juillet 2005. Cette réforme a notamment été motivée par l'engorgement des services préfectoraux face au nombre important d'actes libéraux qu'ils avaient à contrôler³⁹⁶. Cet argument, confronté au fait que le silence gardé par l'administration vaut non-opposition tacite, montre que par cette réforme les pouvoirs publics consentent à abandonner quelque peu le contrôle sur les organismes qui y sont soumis. Surtout la considération des intérêts des familles est désormais indifférente, encore qu'ils doivent toujours être pris en compte lorsque l'autorité de tutelle est appelée à autoriser la libéralité. Si la rédaction de l'article 910 du Code civil pose cette hypothèse comme principe, il n'est en réalité que « résiduel »³⁹⁷ tant l'exception posée par son second alinéa est « tentaculaire »³⁹⁸.

Par ailleurs, le législateur n'a cessé de créer de nouvelles structures concurrençant les organismes traditionnels. Après avoir offert en 1990 la possibilité de créer des fondations d'entreprise aux sociétés commerciales et aux établissements publics à caractère industriel et commercial, moyennant une tutelle allégée, le législateur a mis en place un nouvel outil adapté à l'économie moderne et totalement soustrait aux restrictions classiques : le fonds de dotation.

Cette bienveillance s'est accompagnée d'un certain nombre de mesures fiscales qui tendent à promouvoir toujours un peu plus le mécénat. La loi du 1^{er} août 2003 contient quasi exclusivement de telles dispositions³⁹⁹.

298. Une libéralisation achevée par l'ordonnance de 2015. Fort du constat que la création des fonds de dotation a fait sauter les derniers remparts à une large admission de la capacité juridique des groupements⁴⁰⁰, la récente loi du 31 juillet 2014 et l'ordonnance du 23 juillet 2015 prise à la suite de celle-ci, ont franchi une dernière étape. Alors que le premier texte lève

³⁹⁶V. Rapp. au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2005-856 du 28 juillet 2005.

³⁹⁷V. J.-P. MARGUÉNAUD et B. DAUCHEZ, « Les libéralités à caractère collectif », in M. GRIMALDI (dir.), *Droit patrimonial de la famille*, 5^e éd., Paris : Dalloz, 2014, coll. « Dalloz Action », n° 371.111, p. 1120.

³⁹⁸V. *ibidem*, n° 371.190, p. 1124.

³⁹⁹L. n° 2003-709 du 1^{er} août 2003. Cette loi contient également un certain nombre de dispositions intéressant les associations de droit local.

⁴⁰⁰Rappelant le contexte marqué par l'apparition des fonds de dotation, le rapporteur à l'Assemblée nationale relève que les associations créent de tels groupements pour se financer et pouvoir administrer des immeubles (V. Rapp. AN 2014, n° 1891, p. 325).

les dernières restrictions pesant sur les associations reconnues d'utilité publique et reconnaît à toutes les associations d'intérêt général la pleine capacité de jouissance, le second retient l'entière capacité d'exercice en présence d'une reconnaissance d'utilité publique.

Ces récentes réformes sont la conséquence d'une profonde modification des intérêts à protéger.

2. La modification des intérêts à protéger

299. La convergence des intérêts de l'État et des groupements. La séculaire méfiance à l'égard des groupements intermédiaires a, finalement, été supplantée par un sentiment de bienveillance à leur égard. On ne compte plus le nombre de rapports consacrés ces dernières années aux associations et aux fondations et notamment aux difficultés de financement qu'elles rencontrent⁴⁰¹. Le législateur, sensible à ces difficultés, y a répondu en allégeant la tutelle *a priori*. Seule la crainte des risques de détournement et de captation d'héritages l'a conduit à ne pas élargir la pleine capacité juridique à l'ensemble des associations⁴⁰². L'intérêt des familles ressurgit alors modestement à ce stade tandis qu'il est abandonné du côté de la procédure de non-opposition.

Si l'intérêt des groupements est à ce point pris en compte par le législateur, c'est qu'il se confond avec l'intérêt de l'État chaque fois que ces premiers poursuivent des activités d'intérêt général. À cet égard, le Parlement a créé de nouveaux outils pour développer le mécénat des particuliers comme des sociétés – les fonds de dotation et fondations d'entreprise – allant jusqu'à créer des personnes de droit privé – les fondations spécialisées – dédiées à certaines activités. Pour autant, cet élan favorable ne va pas jusqu'à abandonner la définition de l'intérêt général aux personnes privées. Ce label demeure entre les mains des pouvoirs publics, sauf pour les fondations d'entreprise et les fonds de dotation qui semblent pouvoir se constituer sans que le défaut de conformité de leur objet social avec l'intérêt général ne leur soit opposé⁴⁰³.

⁴⁰¹V. notamment J.-L. LANGLAIS, *Pour un partenariat renouvelé entre l'État et les associations*, rapport à Madame la Ministre de la santé, de la jeunesse, des sports et de la vie associative, non publié, 2008 ; Y. BLEIN, *Simplifications pour les associations*, rapport de mission Assemblée nationale, non publié, 2014 ; Rapp. AN 2014, n° 2383.

⁴⁰²V. Rapp. AN 2014, n° 1891, p. 326 ; Rapp. Sénat 2013-2014, n° 84, p. 169.

⁴⁰³V. *supra*, n°s 248. et 250.

Dans le même temps, le législateur n'a cessé de développer les mesures fiscales en faveur des organismes d'intérêt général, participant indirectement au financement de leurs activités. À l'heure actuelle, l'intérêt de l'État est donc essentiellement fiscal⁴⁰⁴. Or, cet intérêt est sauvegardé par l'Administration, qui veille à ce que les associations délivrant des reçus fiscaux répondent bien aux exigences posées par les textes⁴⁰⁵.

300. La protection des intérêts du disposant. Soucieux du bon usage de ce label d'honorabilité, le législateur a développé les obligations comptables pesant sur les différents groupements⁴⁰⁶. Parfois, celles-ci compensent l'absence de tutelle administrative. Ainsi, les fonds de dotation, de même qu'ils sont tenus d'assurer la publicité de leurs comptes⁴⁰⁷, doivent *communiquer à l'autorité de tutelle un rapport d'activité, le rapport du commissaire aux comptes et ses comptes annuels*⁴⁰⁸. Ce faisant, une tutelle *a posteriori* se substitue à la traditionnelle tutelle *a priori*. Parfois, les deux tutelles vont se cumuler. Les fondations d'entreprise sont tenues de la même obligation alors même que leur constitution est déjà soumise à une autorisation préfectorale⁴⁰⁹.

Reste que dans la majorité des hypothèses les obligations comptables ne conduisent pas à une tutelle *a posteriori*. Si les organismes faisant appel à la générosité du public doivent *établir un compte annuel d'emploi* des ressources collectées auprès du public, lorsqu'elles dépassent un certain seuil, précisant l'affectation des dons par type de dépense au côté des comptes

⁴⁰⁴Dans le même sens, V. M.-A. LATOURNERIE, « Du droit de donner et de léguer au droit de fonder, réflexions sur le régime français des fondations », in *La conscience des droits : mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Paris : Dalloz, 2011, p. 391 et s. Initialement la procédure d'autorisation s'explique également par des considérations fiscales ; elle permettait plus facilement la perception de l'impôt (V. R. CASSIN, *op. cit.*, p. 262).

⁴⁰⁵V. *supra*, n° 190.

⁴⁰⁶Les groupements à caractère collectif doivent souvent établir des comptes annuels, à savoir les fondations reconnues d'utilité publique (L. n° 87-571 du 23 juillet 1987, art. 18, al. 5), les fondations d'entreprise (L. n° 87-571 du 23 juillet 1987, art. 19-9, al. 1^{er}), les fonds de dotation (L. n° 2006-776 du 4 août 2006, art. 140, VI), les congrégations (L. du 1er juillet 1901, art. 15), les syndicats professionnels (C. trav., art. L. 2135-1), les partis politiques (L. n° 88-227 du 11 mars 1988, art. 11-7), les associations dans certaines hypothèses (C. com., art. L. 612-1 et s.). De surcroît, les organismes faisant appel à la générosité publique doivent également se soumettre à cette obligation quel que soit leur statut (L. n° 91-772 du 7 août 1991, art. 4-1). Pour une étude exhaustive des obligations comptables pesant sur les associations, V. Francis Lefebvre (éd.), *Associations, fondations, congrégations, fonds de dotation*, en collaboration avec P. MACQUERON, D. GATUMEL, D. de GUIBERT et al., Levallois : F. Lefebvre, 2012, coll. « Mémentos pratiques », n°s 68000 et s., p. 899 et s.

⁴⁰⁷L. n° 2008-776 du 4 août 2008, art. 140, VI, al. 1^{er}. Cette publication a lieu sur le site internet de la Direction des Journaux officiels (D. n° 2009-158 du 11 février 2009, art. 4). Une même obligation est imposée aux syndicats professionnels (C. trav., art. L. 2135-5, D. 2135-7 et D. 2135-8).

⁴⁰⁸L. n° 2008-776 du 4 août 2008, art. 140, VII.

⁴⁰⁹L. n° 90-559 du 4 juillet 1990, art. 19-10.

annuels⁴¹⁰, ces groupements ne sont pas tenus de le transmettre à l'autorité préfectorale⁴¹¹. Tout contrôle n'est pas pour autant exclu⁴¹². Il est principalement le fait de la Cour des comptes, qui peut s'intéresser à ces documents⁴¹³. De la même manière, tous les organismes recevant des dons de personnes physiques ou de personnes morales ouvrant droit à un avantage fiscal et dépassant un certain montant, se voient imposer l'obligation d'assurer la *publicité et la certification des comptes annuels*⁴¹⁴. Pour autant, ces obligations ne sont pas sanctionnées et ne font l'objet d'aucun contrôle⁴¹⁵.

L'ensemble de ces obligations permet une certaine traçabilité des donations et donc un contrôle de leur affectation et de leur utilisation. Ce faisant, si les obligations comptables protègent en premier lieu les intérêts de l'État, elles servent accessoirement les intérêts du disposant.

La philosophie des règles gouvernant la capacité juridique a profondément évolué au cours de l'histoire. Les récentes réformes n'en ont pas tiré toutes les conséquences. Des propositions peuvent être faites pour rendre la matière plus cohérente.

§2. Propositions

Deux ordres de propositions peuvent être distingués : les principales (A) et les accessoires (B).

⁴¹⁰Sur la présentation de ces comptes d'emploi, V. Arrêté du 30 juillet 1993 portant fixation des modalités de présentation du compte d'emploi annuel des ressources collectées auprès du public par des organismes faisant appel à la générosité publique. Sur l'établissement de ce compte en pratique, V. F. CHARHON et I. COMBES (dir.), *Fondations, fonds de dotation : constitution, gestion, évolution*, Paris : Juris éd., 2011, coll. « Juris corpus », n^{os} 17.19 et s., p. 213 et s.

⁴¹¹Certains praticiens conseillent aux fondations d'adresser d'elles-mêmes leurs comptes d'emploi au préfet et à la Cour des comptes (V. F. CHARHON et I. COMBES (dir.), *op. cit.*, n^o 14.23, p. 165).

⁴¹²D'autres organismes publics peuvent être appelés à jouer un rôle dans le contrôle de l'utilisation des ressources par les organismes sans but lucratif parmi lesquels l'Inspection générale des affaires sociales, ou encore à l'Inspection générale des finances (V. F. CHARHON et I. COMBES (dir.), *op. cit.*, n^{os} 19.39 et s., p. 244 et s.).

⁴¹³C. jur. fin., art. L. 111-8.

⁴¹⁴L. n^o 87-571 du 23 juillet 1987, art. 4-1. Le montant a été fixé à 153 000 €.

⁴¹⁵Sur l'absence de sanctions, V. CE, *Rendre plus attractif le droit des fondations*, Paris : la Documentation française, 1997, coll. « Les études du Conseil d'État », p. 62.

A. Propositions principales

Les difficultés rencontrées lors de l'étude des règles relatives à la capacité des groupements bénéficiaires de libéralités à caractère collectif imposent trois séries de propositions : un élargissement de la capacité de jouissance (1), un renforcement de la procédure de non-opposition (2) ainsi que la reconnaissance de la capacité juridique des fondations abritées (3).

1. L'élargissement de la capacité de jouissance

L'élargissement de la capacité de jouissance peut être l'objet de plusieurs types de modification : une réforme maximale visant à conférer la « grande capacité juridique » à tous les groupements (a) ; une minimale tendant à octroyer cette capacité en raison de la nature de certains actes (b).

a. L'élargissement à tous les groupements : une réforme maximale

301. Des précédents. L'idée de reconnaître la « grande capacité juridique » de recevoir des libéralités privées à l'ensemble des groupements n'est pas nouvelle⁴¹⁶. Il a, par exemple, été soutenu que les limitations connues en droit français seraient contraires à l'article 11 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme protégeant la liberté d'association⁴¹⁷.

Il a été montré que la crainte des captations et détournements d'héritages a conduit le législateur à refuser la « grande capacité » à toutes les associations. L'argument est peu convaincant. L'admission, ancienne, de la capacité de recevoir des dons manuels a assurément constitué « un pas considérable vers la libre capacité des associations à recevoir des libéralités de tout ordre »⁴¹⁸. De surcroît, ces donations ont toujours été soustraites aux règles

⁴¹⁶V. L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, 2^e partie, *La vie des personnes morales, leur suppression et ses conséquences*, 2^e éd, par L. TROTABAS, Paris : LGDJ, 1924, rééd., 1998, n° 238, p. 133.

⁴¹⁷V. M. HAURIU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^e éd., Paris Sirey, 1933, rééd., par A. HAURIU, préf. P. DELVOLVÉ et F. MODERNE, Paris : Dalloz, 2002, coll. « Bibliothèque Dalloz », p. 29. Comp. M. de VAREILLES-SOMMIÈRES, *Les personnes morales*, Paris : E. Pichon, 1902, n° 1418, p. 603 (la liberté de fonder serait un droit naturel de l'homme). Comp. encore F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Droit civil : Les successions, les libéralités*, 4^e éd., Paris : Dalloz, 2014, coll. « Précis. Droit privé », n° 658, p. 584 (s'interrogeant sur l'avenir des solutions françaises au regard de la Convention européenne des droits de l'homme). Adde M. GRIMALDI, *Droit civil : Libéralités, partages d'ascendants*, Paris : Litec, 2000, n° 1676, p. 500 ; J.-P. MARGUÉNAUD et B. DAUCHEZ, *op. cit.*, n° 371.14, p. 1113.

⁴¹⁸V. A. SÉRIAUX, *Les successions, Les libéralités*, 2^e éd., Paris : PUF, 1993, coll. « Droit fondamental. Droit civil », n° 67, p. 122.

relatives à la capacité d'exercice dont la finalité a longtemps été de protéger les intérêts des familles. C'est pourtant de leur côté que les dangers sont les plus nombreux. Soustraites au contrôle du notaire, elles le sont également à celui de l'autorité de tutelle. Surtout, cette crainte n'a pas empêché la récente reconnaissance du fonds de dotation dans l'ordre juridique interne. Or, ce nouveau groupement de biens n'est rien d'autre qu'une fondation simplement déclarée⁴¹⁹. Elle tait son nom et ne peut l'utiliser dans sa dénomination sociale⁴²⁰. Dans cette lignée, rien ne s'oppose à ce que les derniers obstacles à la pleine capacité de recevoir des libéralités par les personnes morales soient levés.

À défaut d'une telle reconnaissance, une réforme minimale s'impose. Elle prendrait en compte la nature de certains actes.

b. L'élargissement à certains actes : une réforme minimale

302. L'affectation au service d'une capacité plus importante. Il est évident que si certains actes, classiquement appréhendés comme étant à titre onéreux, ont été requalifiés en libéralité, une telle requalification ne doit pas conduire à les soumettre au régime des libéralités ordinaires en matière de capacité de jouissance. À cet égard, la qualification de l'apport a toujours été motivée par la volonté de le soustraire au régime des libéralités⁴²¹. Au contraire, la spécificité de ces actes commande qu'ils demeurent hors du champ de ces règles.

Il résulte de l'étude des règles de capacité que les pouvoirs publics sont seuls compétents pour déterminer si un groupement est ou non d'intérêt général, voire s'il a un objet exclusivement culturel. Seules ces qualités conduisent à un régime de faveur. En l'état du droit positif la « grande capacité juridique » doit permettre un financement de *la réalisation d'œuvres d'intérêt général*. De là deux propositions. *La première serait d'exclure les limitations de capacité pour les actes affectés au fonctionnement du groupement*, qui ne le sont donc pas à l'œuvre elle-même, au même titre que l'apport à une association⁴²². *La seconde serait de permettre aux groupements de recevoir une libéralité, si celle-ci est affectée à une manifestation d'intérêt général* alors même que le groupement ne poursuit pas exclusivement

⁴¹⁹Déjà en faveur de la reconnaissance de cette catégorie de fondation, V. Congrès des notaires de France, *Le monde associatif*, 92^e Congrès des notaires de France, Deauville, 12-15 mai 1996, Paris : Litec, 1996, n° 124, p. 551 et s ; M.-A. LATOURNERIE, art. précité, spéc. p. 399.

⁴²⁰L'appellation fondation est réservée aux fondations reconnues d'utilité publique, fondations abritées et fondations d'entreprise (L. n° 87-571 du 23 juillet 1987, art. 20).

⁴²¹V. *supra*, n° 133.

⁴²²V. *supra*, n° 173.

des activités de ce type. Là encore, les subventions publiques et les dépenses de parrainage constituent d'intéressants précédents. Ils bénéficient à tous les groupements, mais ils doivent être affectés à une manifestation répondant à ce critère⁴²³. Il appartiendrait à l'autorité de tutelle d'apposer son label sur la manifestation organisée, notamment par l'adoption d'une nouvelle forme de rescrit.

À l'inverse, la capacité d'exercice devrait être l'objet de solutions moins libérales.

2. Le renforcement de la procédure de non-opposition

303. Tutelle et obligations comptables : une absence de complémentarité regrettable.

En matière d'obligations pesant sur les groupements, deux évolutions ont été constatées : la diminution des règles de tutelle *a priori* en matière d'acceptation des libéralités ; un développement des obligations comptables, sans toutefois qu'elles conduisent systématiquement à une tutelle *a posteriori*. Pourtant, ces deux tutelles, loin de devoir s'exclure, sont complémentaires. Les services de l'État doivent pouvoir s'opposer à l'acceptation d'une libéralité fort du constat que le groupement gratifié ne respecte pas l'affectation des libéralités qu'il a précédemment reçues. Prenons l'exemple des appels du public à la générosité : d'abord, une déclaration préalable est nécessaire pour les appels les plus importants ; la réalisation d'un compte d'emploi est imposée ensuite. À l'heure actuelle, le préfet ne peut s'opposer à l'appel à venir si le compte fait apparaître une mauvaise utilisation des fonds collectés par le passé. Il ne peut pas davantage s'opposer à des appels en vue de soutenir des objectifs qui ne rentreraient pas dans la spécialité du groupement. Le procédé perd en cohérence et en efficacité.

304. La reconnaissance systématique d'une double tutelle. Au contraire, chaque fois que les pouvoirs publics confèrent un label d'honorabilité à un groupement, ils devraient être tenus d'assurer un contrôle sur ce dernier. Or, celui-ci n'est possible que si la tutelle *a priori* est doublée d'une tutelle *a posteriori*. Il paraît nécessaire d'assujettir tous les groupements reconnus d'utilité publique ou d'intérêt général tant à une obligation de soumettre l'acceptation des libéralités à la procédure de non-opposition qu'à des obligations de transmettre leurs comptes à l'autorité de tutelle. Ce faisant, la réforme opérée par

⁴²³V. *supra*, n^{os} 177. et s.

l'ordonnance du 23 juillet 2015 doit être abrogée. Plus encore, une telle proposition doit conduire à soumettre à cette procédure les fonds de dotation, qui sont traités par la loi comme des groupements d'intérêt général, ainsi que les dons manuels qui profiteraient aux groupements susmentionnés. La reconnaissance d'une faculté d'opposition à l'autorité de tutelle en matière d'appel au public à la générosité doit être admise comme l'obligation de déclarer les dons manuels individuels supérieurs à un certain montant.

Si une telle voie va à contre-courant des propositions actuelles⁴²⁴, elle est un gage du respect des intérêts du disposant. L'État doit en être garant. Le label qu'il décerne à certains organismes et les avantages fiscaux qui y sont associés lui impose une vigilance accrue. Au contraire, rien n'oblige dans les autres cas au maintien des procédures d'autorisation préalable ou de non-opposition : les associations culturelles, les congrégations, les associations de droit local, voire l'ensemble des groupements en admettant leur « grande capacité juridique », doivent en être exonérés.

305. Des précédents. Une telle proposition, pour être efficace, doit également conduire à une compréhension renouvelée de l'un des cas d'opposition prévus par l'article 910 du Code civil : l'aptitude à utiliser la libéralité conformément à son objet social. Celle-ci pourrait être entendue dans le sens du langage commun comme l'incapacité de respecter l'affectation des biens reçus. Le préfet de Paris et le juge administratif ont déjà franchi un pas en ce sens⁴²⁵. Saisis du point de savoir si des associations avaient ou non la « grande capacité juridique » comme étant des associations assimilées, ils ont répondu par la négative au motif que les ressources collectées lors d'un précédent appel à la générosité du public avaient été affectées dans une mesure trop importante aux frais de collecte et de fonctionnement⁴²⁶. Le Conseil d'État, dans une décision du 17 juin 2015, a fait sienne cette solution⁴²⁷. Pourtant, plutôt qu'un problème de capacité, il s'agit d'une difficulté attachée à l'utilisation des libéralités perçues.

⁴²⁴V. notamment M.-A. LATOURNERIE, art. précité. L'auteur, président de section honoraire au Conseil d'État, est favorable à une suppression de cette tutelle.

⁴²⁵V. CAA Paris, 28 mars 2013, n° 12PA02000, n° 12PA02080 ; CAA Paris, 31 décembre 2013, n° 12PA01595.

⁴²⁶La Cour d'appel de Paris relève que la part des libéralités reçues affectée aux frais de fonctionnement et de collecte (41 %) est trop importante par rapport à celle affectée effectivement aux actions de bienfaisance (59 %), de sorte qu'elle en déduit que l'association n'est pas une association ayant un but exclusif d'assistance et de bienfaisance.

⁴²⁷CE, 17 juin 2015, n° 369022 ; *Gaz. Pal.* 2015, n° 183, p. 28, obs. Ph. GRAVELEAU.

Enfin, ce n'est pas tant les règles de capacité qu'il convient de modifier du côté des fondations abritées, mais leur statut de groupement non personnifié.

3. *La reconnaissance de la personnalité juridique aux fondations abritées*

306. Un précédent : la fondation universitaire. L'étude de l'institution de la fondation abritée a fait ressortir qu'elle emprunte la forme d'un groupement de biens non personnifié⁴²⁸. Le législateur, en lui refusant la personnalité juridique et ce faisant la capacité de jouissance, a excessivement compliqué son régime⁴²⁹. Conscient de « l'inconvénient majeur du statut de ces structures ou fondations abritées [tenant] au fait qu'elles ne disposent pas de la personnalité morale », le Parlement a admis que les fondations de coopération scientifique, qui prendraient la forme de fondation sous égide, jouissent de la personnalité juridique afin de « remédier à cette situation »⁴³⁰. Dans ce cas, la fondation ainsi créée est « une personne morale distincte liée par convention à la fondation affectataire »⁴³¹. Fort de ce précédent, il paraît utile de retenir la pleine capacité juridique des fondations abritées, consacrant ainsi une nouvelle forme de fondation simplement déclarée à côté des fonds de dotation. Si les fonds de dotation peuvent librement se fonder, le recours à une fondation abritante n'est pas dénué d'intérêt. D'abord, elle seule peut utiliser la « marque » fondation. Ensuite, le recours à une fondation sous égide permet de profiter du soutien d'une fondation hôte reconnue pour sa bonne gestion et ses diligences.

L'intérêt majeur d'une telle proposition est de pallier les inconvénients liés au régime actuel des fondations abritées. D'une part, le droit de gage général des créanciers de chacune des deux fondations serait sécurisé. D'autre part, il conviendrait de reconnaître à ces fondations simplement déclarées la possibilité d'être reconnues d'utilité publique selon une procédure semblable à celles des associations. Aucune transmission universelle de patrimoine n'en résulterait. Le sort des créanciers antérieurs serait plus sûr.

307. La reconnaissance d'un système d'agrément privés. Une telle reconnaissance n'aboutirait pas à rompre le lien naturel qui existe entre la fondation abritée et celle abritante. Le système actuel pourrait être remplacé par une *procédure d'agrément privé* à l'instar de ce

⁴²⁸V. *supra*, n° 103. et s.

⁴²⁹V. *supra*, n° 262.

⁴³⁰V. Rapp. Sénat 2005-2006, n° 121, p. 62.

⁴³¹C. rech., art. L. 344-16.

qui existe en matière d'unions d'associations familiales : l'agrément de l'union confère la grande capacité juridique au groupement agréé⁴³². Pour pouvoir bénéficier des mêmes avantages que les fondations reconnues d'utilité publique, cette nouvelle catégorie de fondation se placerait sous leur égide en se faisant agréer par leur conseil d'administration. Un tel procédé n'est pas inconnu du droit des fondations. Les institutions du *compte d'association* et de l'*affiliation* reposent sur celui-ci, encore que la grande capacité juridique n'y soit pas attachée⁴³³. Au contraire, *l'hébergement consisterait en un agrément octroyant la capacité juridique – de jouissance et d'exercice – de la fondation abritante à la fondation abritée ainsi que les avantages fiscaux qui lui sont reconnus.*

Le rôle actuellement dévolu à la fondation abritante pourrait s'expliquer par un mécanisme bien connu du droit civil : la **tutelle**. En pratique, la fondation reconnue d'utilité publique jouit d'un véritable droit de regard sur les actes souhaités par la fondation sous égide. Bien plus qu'un pouvoir de contrôle, la fondation abritante bénéficie d'un véritable *pouvoir de représentation de la fondation abritée ; elle agit en son nom et pour son compte*. Réciproquement, la fondation abritante reçoit, à l'instar d'un mandataire légal⁴³⁴, une *contrepartie financière*, c'est-à-dire une rémunération. Ce faisant, seule une faute imputable à la fondation abritante dans sa mission tutélaire devrait pouvoir engager son propre patrimoine⁴³⁵. La pratique judiciaire semble déjà en ce sens. Dans une affaire soumise au Tribunal de grande instance de Paris, une association avait agi à l'encontre de la Fondation de France afin d'obtenir l'exécution d'engagements passés par une fondation qu'elle hébergeait et qu'elle avait commencé à exécuter⁴³⁶. Dans leur décision, les juges ont considéré que la Fondation avait commis une faute susceptible d'engager sa responsabilité civile délictuelle à l'égard du demandeur, là où le régime actuel aurait dû conduire à l'engagement de la responsabilité contractuelle.

Ainsi, tout commande de reconnaître pleinement la capacité juridique des fondations abritées tout en leur permettant de se placer sous la tutelle d'une fondation abritante aux conditions susvisées. La notion même de fondation sous égide prendrait alors tout son sens. L'« égide »

⁴³²V. *supra*, n° 255.

⁴³³V. *supra*, n° 153.

⁴³⁴CASF, art. L. 471-5.

⁴³⁵À l'instar du droit commun (C. civ., art. 421)

⁴³⁶TGI Paris, 14 janvier 2013, RG n° 11/10060.

renvoie, en effet, littéralement à « ce qui défend, ce qui protège ». Être sous l'égide, c'est être « sous la protection »⁴³⁷. La tutelle correspond parfaitement à cette approche.

À côté de ces importantes propositions, d'autres paraissent plus accessoires.

B. Propositions accessoires

L'étude des règles de capacité a mis en évidence quelques incongruités qu'il paraît nécessaire de corriger. Elles sont de deux ordres : l'abandon du rôle quasi-règlementaire du Conseil d'État (1) ; l'encadrement de la constitution des fondations d'entreprise et des fonds de dotation (2).

1. L'abandon du rôle quasi-règlementaire du Conseil d'État

308. Un pouvoir quasi-règlementaire auto-octroyé. Le rôle joué par la Section de l'Intérieur du Conseil d'État est capital en matière de reconnaissance d'utilité publique. Les statuts-types, qu'elle élabore, ont véritable valeur de norme. Les fondateurs ne peuvent, peu ou prou, s'en éloigner sans risquer un avis défavorable du Conseil d'État. Si cet avis ne lie pas le gouvernement, la pratique montre qu'il le suit toujours. Les statuts-types et les avis rendus par la Section de l'Intérieur constituent alors une *doctrine administrative obligatoire, un véritable « corpus de référence »*⁴³⁸. La Section de l'Intérieur du Conseil d'État s'est attribué un véritable pouvoir quasi-règlementaire, avec la complicité du gouvernement, sans qu'aucun texte ne le lui reconnaisse.

Ainsi, le Conseil d'État restreint, sans qu'aucun texte législatif ne le prévoie, la capacité d'exercice des groupements reconnus d'utilité publique de passer certains actes à titre onéreux telles les opérations portant sur des droits réels immobiliers ou certains actes relatifs aux meubles dépendant de la dotation⁴³⁹. Le pouvoir réglementaire a depuis implicitement validé cette pratique en précisant l'autorité compétente pour l'exercice d'une telle tutelle chaque fois que les statuts des groupements reconnus d'utilité publique le prévoient.

⁴³⁷V. J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), *Le petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, n^{lle} éd., Paris : le Robert, 2015, v^o *Égide*.

⁴³⁸V. JO AN Q, 30/08/2010, p. 9511.

⁴³⁹On en trouve une trace dans les statuts de 1914 en matière de fondations reconnues d'utilité publique (art. 9) reproduits par M. POMEY (*V. op. cit.*, p. 379 et s.) Depuis V. Statuts-types, art. 9 (fondations – Annexe 3) ; Statuts-types, art. 11 (associations – Annexe 2).

Rédaction curieuse dans la mesure où les statuts-types s'imposent. Par ailleurs, le Conseil d'État prévoit la présence du ministre de l'Intérieur, ou de son représentant, au sein du collège des membres de droit du conseil d'administration des fondations reconnues d'utilité publique⁴⁴⁰. Or, la tutelle administrative est exercée par le préfet sous l'autorité du ministre de l'Intérieur, ce qui n'allait pas sans soulever quelques interrogations lorsque ces groupements étaient encore soumis à une limitation de leur capacité d'exercice⁴⁴¹. Le maintien de cette stipulation au sein de la dernière version des statuts-types surprend tant le Conseil d'État paraissait lui-même vouloir sa suppression⁴⁴². Ces statuts énoncent encore que ledit conseil d'administration « accepte les donations et legs » adressés au groupement, là où il ne peut s'agir que d'une autorisation⁴⁴³. En outre, le Conseil d'État est revenu sur le caractère perpétuel de l'acte de fondation, sans que le législateur n'ait souhaité abandonner cette condition séculaire⁴⁴⁴. Enfin, les statuts-types précisent que l'affectation des libéralités est libre en l'absence de charge, alors que les libéralités à caractère collectif sont par essence affectées à l'œuvre du groupement⁴⁴⁵. L'ensemble de ces clauses est éminemment critiquable.

309. Un retour du pouvoir réglementaire ? Lors de l'examen de la loi du 31 juillet 2014, un amendement parlementaire proposait de confier au pouvoir réglementaire la rédaction de règles précises auxquelles serait conditionnée la reconnaissance d'utilité publique⁴⁴⁶. Pour ce faire, le gouvernement était invité à s'inspirer de la doctrine du Conseil d'État. Face au refus opposé par ce premier lors des débats au Sénat, l'amendement a été retiré⁴⁴⁷. Pourtant, il paraît curieux que les statuts des fondations d'entreprise soient réglementés par le législateur au sein de la loi du 23 juillet 1987⁴⁴⁸, et ceux des fondations hospitalières par un décret⁴⁴⁹, tandis que la reconnaissance d'utilité publique, aussi importante soit-elle, ne fait pas l'objet d'autant d'attention. Certes, cette méthode permet une meilleure adaptation de la réglementation ; il

⁴⁴⁰V. Statuts-types, art. 3 (Annexe 3).

⁴⁴¹L'efficacité d'une telle tutelle interroge. Il est difficile d'imaginer que le préfet ne suive pas le choix émis par le vote du représentant de l'État lors du conseil d'administration appelé à se prononcer sur l'acceptation (à supposer que ce dernier y siège effectivement). En tout état de cause, le recours hiérarchique contre une éventuelle décision d'opposition replace le ministère de l'Intérieur au cœur de la décision finale.

⁴⁴²V. CE, *Rendre plus attractif le droit des fondations*, Paris : la Documentation française, 1997, coll. « Les études du Conseil d'État », p. 55 et s. *Adde* M.-A. LATOURNERIE, « Du droit de donner et de léguer au droit de fonder, réflexions sur le régime français des fondations », in *La conscience des droits : mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Paris : Dalloz, 2011, p. 391 et s., spéc. p. 399.

⁴⁴³V. Statuts-types, art. 7 (fondations – Annexe 3). Comp. Statuts-types, art. 11 (associations – (Annexe 2)).

⁴⁴⁴V. *supra*, n° 88.

⁴⁴⁵V. *supra*, n° 181.

⁴⁴⁶V. Avis Sénat 2013-2014, n° 106, p. 55.

⁴⁴⁷V. JO Sénat CR 2013, n° 124, p. 11233.

⁴⁴⁸L. n° 87-571 du 23 juillet 1987, art. 19 et s.

⁴⁴⁹C. santé publ., art. 6141-55 et s.

est plus aisé au Conseil d'État d'adopter de nouveaux statuts, qu'au pouvoir réglementaire d'édicter un nouveau décret.

La reconnaissance d'utilité publique n'est pas la seule à devoir être encadrée. La constitution des fondations d'entreprise et des fonds de dotation mérite une meilleure attention des pouvoirs publics.

2. *L'encadrement de la constitution des fondations d'entreprise et des fonds de dotation*

310. Un contrôle de l'objet. Il résulte de cette étude que la définition de l'intérêt général appartient aux pouvoirs publics. Les fonds de dotation et les fondations d'entreprise sont définis comme étant des groupements à but non lucratif destinés à des œuvres d'intérêt général. Leur constitution est facilitée, tout comme leur régime. À cet égard, les fonds de dotation bénéficient d'une pleine capacité de jouissance comme d'exercice. Pourtant, à aucun moment l'autorité administrative n'est appelée à vérifier *a priori* la conformité de l'objet de ces groupements à l'intérêt général⁴⁵⁰. Quant aux fondations d'entreprise, si leur constitution est soumise à une autorisation préfectorale, l'autorité de tutelle n'est pas chargée de vérifier l'objet du groupement à créer⁴⁵¹.

Ainsi, le contrôle du préfet en matière de fondations d'entreprise doit être étendu comme la libre constitution du fonds de dotation abandonnée. Un régime de non-opposition pourrait être édicté. Le préfet serait alors en mesure de s'opposer à la formation du fonds soit que l'objet prévu n'est pas d'intérêt général, soit que les fondateurs ne se sont pas engagés à apporter la dotation initiale désormais imposée par le législateur. En outre, afin de permettre aux personnes publiques de constituer, de façon certaine, des fonds de dotation, l'interdiction faite à ces groupements de recevoir des fonds publics ne devrait pas viser la dotation initiale⁴⁵².

311. Conclusion du Chapitre. L'étude des règles propres de capacité de recevoir conduit à des conclusions divergentes. D'un côté, les restrictions à la capacité de jouissance sont trop nombreuses et peinent à convaincre. Les raisons historiques à l'origine de celles-ci sont largement dépassées. L'introduction des fonds de dotation en droit français est venue

⁴⁵⁰V. *supra*, n° 250.

⁴⁵¹V. *supra*, n° 248.

⁴⁵²V. *supra*, n° 250.

exacerber un tel constat. La capacité de jouissance doit être plus largement reconnue, comme la personnalité juridique devrait être conférée aux fondations sous égide. Au contraire, d'un autre côté, les règles encadrant la capacité d'exercice de ces organismes ne semblent pas suffisamment fermes. Le législateur encourage le mécénat que ce soit par des incitations fiscales ou par le développement de statuts attractifs de libéralités, parmi lesquels certains sont sous la main de la Section de l'Intérieur du Conseil d'État. À ce titre, les pouvoirs publics doivent être garants de la bonne utilisation de ces labels par leur bénéficiaire. Les règles de tutelle doivent s'y adapter, afin de permettre le contrôle de l'aptitude de ces organismes à faire bon usage des libéralités reçues.

Ce faisant, le rôle de l'autorité de tutelle ne se limiterait plus à vérifier que le groupement jouit de la pleine capacité ou que le principe de spécialité est respecté. C'est sur ce point qu'il convient désormais de s'attarder.

Chapitre II. La spécialité

312. Un principe tentaculaire. Le principe de spécialité des personnes morales est à ce point important en littérature qu'il semble naturel de lui consacrer des développements particuliers. De nombreuses études lui ont été consacrées⁴⁵³. Ses contours sont difficiles à cerner même si sa définition ne pose pas de difficultés. Le principe de spécialité crée une *inaptitude*. L'ordonnance du 28 juillet 2005 l'a expressément consacrée au sein de l'article 910 du Code civil⁴⁵⁴. Il en découle que l'activité des personnes morales est enfermée dans un champ spécialisé, c'est-à-dire spécifique. Ce champ est doublement encadré. D'abord, il l'est par la loi qui précise, dans une certaine mesure, le type de missions pour lesquelles le groupement ou la catégorie de groupements a été institué. Ensuite, les statuts des différentes personnes morales, si elles en sont dotées, posent également certaines limites. Il reste à savoir si la violation du principe de spécialité doit être sanctionnée. Les auteurs se sont largement opposés sur cette question. Il convient de rapidement revenir sur la présentation de ce principe.

Une telle présentation est d'autant plus importante que la question du principe de spécialité rebondit sur le terrain des libéralités à caractère collectif. La disposition susvisée fait de la violation de la spécialité du bénéficiaire l'une des causes justifiant une opposition de l'autorité de tutelle. Mais les répercussions du principe de spécialité en la matière ne s'arrêtent pas là, elles sont nombreuses. Ainsi, la charge, qui imposerait à un groupement de sortir de son champ de compétences, paraît bien devoir être déclarée réputée non écrite sur le fondement de l'article 900 du Code civil. De la même manière, un groupement, telle une

⁴⁵³V. H. RIPERT, *Le principe de la spécialité chez les personnes morales du droit administratif, son application en matière de dons et legs*, Paris : A. Rousseau, 1906 ; F. BÈQUE, *Théorie générale de la spécialité des personnes morales*, thèse de doctorat en droit, Grenoble : Université de Grenoble, 1908 ; P. BENOIST, *Les dons et legs à personnes morales et le principe de spécialité*, Paris : LGDJ, 1938 ; A. BALDOUS, *Le principe de spécialité en droit administratif français*, thèse de doctorat en droit, Aix-en-Provence : Université Aix-Marseille III, 1974 ; J. FERSTENBERT, *Recherche sur la notion juridique de spécialité des personnes publiques*, Orléans : Presses universitaires d'Orléans, 2009 ; I. JEULIN, *Les techniques fiduciaires à l'aune du principe de spécialité des personnes morales*, préf. C. JUBAULT, Paris : LGDJ, 2007, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 487. D'autres auteurs se sont également largement intéressés à ce principe, V. notamment T. TISSIER, *Traité théorique et pratique des dons et legs aux établissements publics ou d'utilité publique : aux congrégations et communautés religieuses, aux associations syndicales, aux syndicats professionnels, aux pauvres, aux communes, aux départements, aux colonies et à l'État*, t. 1, *Notions historiques, capacité de recevoir*, Paris : P. Dupont, 1896, n^{os} 226 et s., p. 494 et s. ; L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, 2^e partie, *La vie des personnes morales, leur suppression et ses conséquences*, 2^e éd, par L. TROTABAS, Paris : LGDJ, 1924, rééd., 1998, n^{os} 243 et s., p. 143 et s. Pour une étude de droit comparé, V. V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé : l'unité du concept et ses applications pratiques, Allemagne, Angleterre, Belgique, États-Unis, France, Italie, Pays-Bas, Suisse*, préf. P. VAN OMMESLAGHE, Bruxelles : Bruylant, 1995, coll. « Collection de la Faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles », n^{os} 215 et s., p. 179 et s.

⁴⁵⁴Ord. n^o 2005-856 du 28 juillet 2005, art. 1^{er}.

société commerciale dans le cadre d'une opération de mécénat par exemple, qui envisagerait de consentir une libéralité doit s'assurer que cet acte respecte bien sa spécialité.

313. Plan. Ainsi, pour bien comprendre l'importance de la spécialité en matière de libéralités à caractère collectif, il convient de présenter ce principe (Section I) avant d'examiner les conséquences qui y sont attachées (Section II).

Section I. Présentation du principe de spécialité

Alors que la définition du principe de spécialité ne pose pas de difficultés particulières, encore que les auteurs ne s'accordent pas tous sur les catégories de personnes qui y sont soumises, la question des sanctions qui y sont attachées est plus délicate.

La présentation du principe de spécialité commande d'étudier ses contours (§1), puis sa sanction (§2).

§1. Les contours du principe

314. Une notion complexe. D'aucuns s'accordent pour définir le principe de spécialité comme « le cercle des buts pour la réalisation desquels la personne morale a été instituée »⁴⁵⁵. En d'autres termes, le principe de spécialité signifie qu'« une personne morale ne saurait agir en dehors du domaine que lui assigne la loi, et si elle en est dotée, ses statuts »⁴⁵⁶. La spécialité des personnes morales est alors doublement limitée⁴⁵⁷ : par la spécialité légale, d'une part ; par la spécialité statutaire, d'autre part.

315. La spécialité légale. Il n'est pas rare, d'une part, que la loi vienne encadrer les buts pouvant être poursuivis par une personne morale qu'elle institue. Ainsi, elle détermine le caractère lucratif ou non lucratif des personnes morales de droit privé. Elle assigne à certains de ces organismes des buts particuliers tels la défense des intérêts catégoriels des salariés

⁴⁵⁵V. F. BÈQUE, *op. cit.*, p. 86 ; P. BENOIST, *op. cit.*, p. 29.

⁴⁵⁶V. M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1683, p. 507.

⁴⁵⁷Un auteur a même développé une troisième branche dite spécialité naturelle constituée par la sphère des attributions normales de la personne morale quand bien même les buts qu'elle envisage de poursuivre n'ont pas été expressément prohibés par une loi (V. F. BÈQUE, *op. cit.*, p. 14).

pour les syndicats professionnels, la défense de l'intérêt général pour les fondations reconnues d'utilité publique, la police d'une profession en matière d'ordres professionnels, etc. Dans certains cas, la loi a institué des nouvelles catégories de personnes privées pour mener à bien des missions spécifiques, à l'exemple de la Fondation du patrimoine qui a pour objet « de promouvoir la connaissance, la conservation et la mise en valeur du patrimoine national. »⁴⁵⁸ ou des autres fondations spécialisées dont la finalité est de développer un mécénat affecté à certaines activités. De la même manière, la loi définit strictement la compétence des établissements publics qu'elle crée et elle limite, ne serait-ce que géographiquement⁴⁵⁹, la compétence des collectivités territoriales⁴⁶⁰. S'il est traditionnellement enseigné que seul l'État échapperait à ce principe⁴⁶¹, cette idée est depuis contestée⁴⁶². Des lois spéciales peuvent, en effet, limiter sa compétence générale⁴⁶³. Ensuite, l'État doit œuvrer en faveur de l'intérêt général au point qu'il a été soutenu que le principe de spécialité était à la base du recours pour excès de pouvoir⁴⁶⁴. Enfin, les compétences de l'État sont définies par la Constitution au point que le contrôle de constitutionnalité donnerait « une certaine effectivité » à ce principe⁴⁶⁵.

316. La spécialité statutaire. L'activité des personnes morales est bornée, d'autre part, par leurs statuts⁴⁶⁶. À cet égard, la marge de manœuvre des groupements est plus importante : les statuts ne sont jamais intangibles ; ils prévoient généralement les modalités de leur modification. Simplement, cette modification est doublement encadrée. D'abord, dans de nombreux cas, la modification des statuts entraîne l'intervention de l'autorité de tutelle

⁴⁵⁸C. patr., art. L. 143-2.

⁴⁵⁹Encore que la spécialité géographique se dédoublerait toujours d'une spécialité matérielle (V. J. FERSTENBERT, *op. cit.*, p. 504).

⁴⁶⁰Il a été défendu que les communes et les départements n'étaient pas soumis à ce principe (V. M. PLANIOL, note ss CA Nîmes, 22 janvier 1890, *D.* 1895, 1, p. 217). Cette position a été combattue (V. A. de LAUBADÈRE, *Traité élémentaire de droit administratif*, t. 1, *L'organisation administrative, la fonction administrative et les actes administratifs, la justice administrative, la police administrative et les services publics, la responsabilité administrative*, 8^e éd., Paris : LGDJ, 1980, n° 127, p. 91). En matière d'établissements publics à caractère industriel et commercial, V. Y. DURMARQUE, « Vicissitudes du principe de spécialité des établissements publics industriels et commerciaux », in *Études en l'honneur de Pierre Sandevor : service public, services publics*, Paris ; Montréal : l'Harmattan, 2000, p. 122 et s.

⁴⁶¹V. M. PLANIOL, art. précité ; T. TISSIER, *op. cit.*, n°s 259 et s., p. 679 et s. ; J.-P. GRIDEL, *Notions fondamentales de droit et droit français : introduction, méthodologie, synthèses*, Paris : Dalloz 1992, p. 456 ; J. WALINE, *Droit administratif*, 25^e éd., Paris : Dalloz, 2014, coll. « Précis. Droit public science politique », n° 67, p. 58.

⁴⁶²V. M. WALINE, *Droit administratif*, 8^e éd., Paris : Sirey, 1959, n° 611, p. 363 ; J. FERSTENBERT, *op. cit.*, p. 265 et s.

⁴⁶³À titre d'exemple la loi du 9 décembre 1905 de séparation de l'Église et de l'État limite la compétence de l'État (V. M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1683, p. 507).

⁴⁶⁴V. L. MICHOU, *op. cit.*, n° 247, p. 154.

⁴⁶⁵V. C. ATIAS, *Les personnes : les incapacités*, Paris : PUF, 1985, coll. « Droit fondamental. Droit civil », n° 150, p. 249.

⁴⁶⁶Ainsi, la spécialité statutaire serait davantage attachée aux personnes morales de droit privé. Il existe néanmoins des personnes morales de droit public dont l'organisation est réglementée par des statuts : l'Institut de France et ses académies par exemple (L. n° 2006-450 du 18 avril 2006, art. 38, al. 1^{er}).

administrative. Chaque fois que celle-ci est appelée à approuver les statuts originaires, elle intervient de la même manière lors de leur modification. Ainsi, la modification des statuts des associations et fondations reconnues d'utilité publique⁴⁶⁷, des fondations hospitalières⁴⁶⁸ et par analogie, de la Fondation du patrimoine et des fondations de coopération scientifique, est autorisée par décret. De la même manière, la modification des statuts des fondations d'entreprise doit être acceptée par le préfet⁴⁶⁹ pendant que la modification des statuts des fondations partenariales l'est par le recteur d'académie.

Ensuite, en matière de fondation-personne morale, les éventuelles modifications statutaires doivent être conformes aux volontés du testateur toutes les fois dans lesquelles la fondation résulte d'un acte de fondation⁴⁷⁰. Le juge judiciaire est compétent pour faire respecter ces volontés⁴⁷¹. Si la modification les contrarie, seule la procédure de révision des charges permet de franchir cet obstacle⁴⁷².

Plus que les contours du principe de spécialité, c'est surtout la question de sa sanction qui a retenu l'attention de la doctrine.

§2. La sanction du principe

317. Deux courants doctrinaux. Pendant longtemps, les auteurs se sont opposés sur la question de la nature du principe de spécialité et corrélativement, de sa sanction. Un « obscur » débat devait naître⁴⁷³ fort proche de celui qui concerne la nature de la personnalité morale⁴⁷⁴. Deux courants classiques se sont affrontés. D'une part, il a été proposé

⁴⁶⁷V. Statuts-types, art. 15 (fondations – Annexe 3) ; Statuts-types, art. 22 (associations – Annexe 2).

⁴⁶⁸C. santé publ., art. R. 6141-65.

⁴⁶⁹L. n° 87-571 du 23 juillet 1987, art. 19-1, al. 3.

⁴⁷⁰Il existe désormais des fondations sans acte de fondation (V. *supra*, n° 86.).

⁴⁷¹Le Conseil d'État l'a clairement affirmé (V. CE, 20 octobre 1971, n° 77810, n° 77811). Saisi, à l'occasion de la modification des statuts d'une fondation reconnue d'utilité publique de la violation des volontés du fondateur, le Conseil d'État s'est déclaré incompétent pour juger de cette question et a invité les parties à saisir le juge judiciaire. Pour fonder sa décision, la Haute juridiction a retenu que « le moyen tiré par les requérants de ce que les modifications apportées aux statuts de l'œuvre fondée par les consorts [...] méconnaîtraient la volonté des fondateurs ne pourrait être utilement invoqué que devant les tribunaux judiciaires, seuls compétents pour connaître des difficultés relatives à l'exécution des charges attachées à un legs ».

⁴⁷²V. *infra*, n° 408. et s.

⁴⁷³V. M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1685, p. 509.

⁴⁷⁴Certains auteurs font le lien entre l'approche de la personnalité morale et le principe de spécialité. Aussi, les tenants de la théorie de la réalité considèrent-ils le principe de spécialité comme une règle de bonne administration tandis que ceux défendant la théorie de la fiction préfèrent retenir une règle de capacité (V. L. MICHOU, *op. cit.*, n° 244 et s., p. 147 et s. ; N. MATHEY, *Recherche sur la personnalité morale en droit privé*, thèse de doctorat en droit, Paris : Université Paris II, 2001, n° 718, p. 337). Pour un auteur, c'est la personnalité, elle-même, qui est spécialisée (V. C. ATIAS, *op. cit.*, n° 150, p. 248).

d'appréhender le principe de spécialité comme une règle de capacité juridique⁴⁷⁵. Dès lors, les personnes morales seraient incapables, à peine de nullité, de réaliser des actes juridiques en dehors des buts qu'elles sont censées poursuivre. Il appartiendrait alors au juge judiciaire de déclarer cette nullité tandis que l'Administration et son juge devraient s'opposer aux actes qui lui sont déférés dans le cadre de la tutelle. D'autre part, il a été soutenu que le principe de spécialité ne serait qu'une règle de bonne gestion administrative et qu'il appartiendrait à la seule Administration de le sanctionner⁴⁷⁶. Cette théorie repose sur l'idée que le principe de spécialité a pour finalité la division du travail dont l'opportunité appartiendrait à l'État⁴⁷⁷. En cela, le principe de spécialité ne viserait que les personnes morales de droit public, voire les personnes morales de droit privé lorsqu'elles sont chargées de missions d'intérêt général⁴⁷⁸. Dans ce cas, le juge judiciaire ne serait pas compétent pour en assurer l'effectivité.

318. Le dépassement des débats. Très vite, des auteurs ont relevé que cette seconde proposition était mise à mal par le rôle exercé par le Conseil d'État⁴⁷⁹. Dans le cadre de son contrôle contentieux, la Haute juridiction examine le respect de ce principe, ce qui consacre nécessairement sa juridicité. De surcroît, le législateur de 2005 a expressément fait référence à ce principe au sein de la loi du 23 juillet 1987. Il soumet la possibilité d'une transmission de droits sociaux à une fondation reconnue d'utilité publique, dans le cadre d'une opération de cession d'entreprise, « à la condition que soit respecté le principe de spécialité de la fondation »⁴⁸⁰.

Pour autant, la nature du principe de spécialité n'est pas évidente à cerner. Si elle est proche d'une règle de capacité « au sens large du mot »⁴⁸¹, ces notions ne sauraient être confondues.

⁴⁷⁵V. T. DUCROCQ, « De la personnalité civile en France du Saint-Siège et des autres puissances étrangères », *RDP* 1894, p. 47 et s., spéc. p. 54 ; T. TISSIER, *op. cit.*, nos 264 et s., p. 701 et s. ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil : les personnes*, 3^e éd., par P. RAYNAUD, Paris : Sirey, 1976, n° 830, p. 934. Plus récemment, V. N. MATHEY, *op. cit.*, n° 750, p. 357. V. GUEDJ, *Essai sur le régime juridique des fondations*, thèse de doctorat, Paris : Université de Paris II, 1999, n° 113, p. 88.

⁴⁷⁶V. H. RIPERT, *op. cit.*, p. 30 ; P. BENOIST, *op. cit.*, p. 48 ; L. MICHOU, *op. cit.*, n° 246, p. 151 ; M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^e éd., Paris : Sirey, 1933, rééd., par A. HAURIOU, préf. P. DELVOLVÉ et F. MODERNE, Paris : Dalloz, 2002, coll. « Bibliothèque Dalloz », p. 1080 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 5, *Donations et testaments*, 2^e éd., par A. TRASBOT et Y. LOUSSOUARN, Paris : LGDJ, 1957, n° 878, p. 1123 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil : Les successions et les libéralités*, par P. RAYNAUD, Paris : Sirey, 1983, n° 680, p. 504. Comp. J. FLOUR et H. SOULEAU, *Les libéralités*, Armand Colin, 1982, n° 357, p. 235 (étudiant le principe de spécialité au sein des règles de capacité).

⁴⁷⁷Il a été critiqué pour les personnes morales de droit privé (V. M. PLANIOL et G. RIPERT, *op. cit.*, n° 878, p. 1123).

⁴⁷⁸Adde C. ATIAS, *op. cit.*, n° 150, p. 248 ; A. BALDOUS, *op. cit.*, p. 9 et s.

⁴⁷⁹V. A. BALDOUS, *op. cit.*, p. 482 ; J. FERSTENBERT, *op. cit.*, p. 374.

⁴⁸⁰L. n° 87-571 du 23 juillet 1987, art. 18-3, inséré par L. n° 2005-882 du 2 août 2005, art. 29.

⁴⁸¹V. F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Droit civil : Les successions, les libéralités*, 4^e éd., Paris : Dalloz, 2014, coll. « Précis. Droit privé », n° 664, p. 589. Comp. J. FERSTENBERT, *op. cit.*, p. 512 (la spécialité restreindrait non pas la capacité de jouissance, mais la capacité d'exercice).

Les règles de capacité de jouissance renvoient à l'aptitude à être titulaire de droits subjectifs. Telle n'est pas la finalité de la spécialité légale. Quant à la spécialité statutaire, les groupements en ont une certaine maîtrise dans la mesure où ils peuvent modifier leurs statuts. Il n'est donc pas possible d'y déceler une incapacité⁴⁸². Aussi, certains auteurs considèrent-ils le principe de spécialité comme reposant sur un véritable principe général du droit⁴⁸³. Quelle que soit la nature de ce principe⁴⁸⁴, force est de reconnaître qu'il constitue une *véritable règle juridique* venant encadrer les activités des personnes morales⁴⁸⁵.

319. Une voie médiane : la sanction des buts illicites. Un troisième courant a rapidement pris le dessus. Le principe de spécialité s'intéresserait aux buts poursuivis par la personne morale⁴⁸⁶ : les actes contrariant la spécialité d'un groupement poursuivraient des buts illicites. Leur annulation serait alors possible sur le fondement du Code civil : théorie de la cause de l'article 1131 du Code civil ou condition illicite de l'article 1172 dudit Code⁴⁸⁷. D'autres sanctions, telles la requalification du groupement ou sa dissolution, pourraient également être retenues⁴⁸⁸.

Le principe de spécialité est de ceux qu'il est difficile d'appréhender. Pourtant, sa juridicité est incontestable. Un certain nombre de conséquences en découlent du côté des libéralités à caractère collectif.

⁴⁸²V. M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1685, p. 510.

⁴⁸³V. T. TISSIER, *Des dons et legs aux établissements publics ou d'utilité publique*, Paris : P. Dupont, 1890, n° 132, p. 183. *Adde* implicitement J. BOULANGER, « Principes généraux du droit et droit positif », in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle : études offertes à Georges Ripert*, t. 1, *Études générales, Droit de la famille*, Paris : LGDJ, 1950, p. 51 et s., n° 20. *Contra* A. BALDOUS, *op. cit.*, p. 491 et s. ; J. FERSTENBERT, p. 415 et s.

⁴⁸⁴Plutôt qu'un principe juridique, un auteur préfère retenir l'existence d'une notion juridique (V. J. FERSTENBERT, p. 487 et s.).

⁴⁸⁵En ce sens également, V. M. GRIMALDI *op. cit.*, n° 1685, p. 510.

⁴⁸⁶V. F. BÈQUE, *op. cit.*, p. 86 ; R. SALEILLES, *De la personnalité juridique : histoire et théories*, 2^e éd., Paris : Rousseau, 1922, p. 317 ; J. FERSTENBERT, *op. cit.*, p. 500 et s. *Adde* G. CORNU, *Droit civil : les personnes*, 13^e éd., Paris : Montchrestien, 2007, coll. « Domat. Droit privé », n° 95, p. 213 (les moyens de la personne morale seraient limités par l'accomplissement de sa fin). *Comp.* I. JEULIN, *Les techniques fiduciaires à l'aune du principe de spécialité des personnes morales*, préf. C. JUBAULT, Paris : LGDJ, 2007, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 487, n° 179, p. 172 (proposition d'une application distributive de ces fondements : la spécialité légale serait une règle de capacité, la spécialité statutaire serait une règle de pouvoir).

⁴⁸⁷V. F. BÈQUE, *op. cit.*, p. 102 et s., spéc. p. 151 et s. *Comp.* L. MICHOU, *op. cit.*, n° 256, p. 179 ; J. FLOUR et H. SOULEAU, *op. cit.*, n° 355, p. 233. *Contra* V. GUEDJ, *op. cit.*, n° 113, p. 88.

⁴⁸⁸V. L. MICHOU, *op. cit.*, n°s 253 et s., p. 183 et s. ; V. SIMONART, *op. cit.*, n°s 218, p. 181 ; A. BALDOUS, *op. cit.*, p. 525 et s. ; I. JEULIN, *op. cit.*, n°s 216 et s., p. 210 et s. *Adde* M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1685, p. 511.

Section II. Les conséquences du principe

Le principe de spécialité limite l'activité des personnes morales pour la réalisation des buts fixés par la loi et par leurs statuts lorsqu'elles en sont dotées. La conformité de la libéralité à caractère collectif avec le principe de spécialité doit donc être vérifiée en présence d'une personne morale qu'elle soit bénéficiaire de la libéralité (§1) ou disposant (§2).

§1. La spécialité du bénéficiaire

Lorsqu'une libéralité à caractère collectif n'est pas compatible avec la spécialité du bénéficiaire, ce dernier n'est pas, selon les termes de l'article 910 du Code civil, « apte » à l'exécuter. Une telle inaptitude est sanctionnée. Face à la sévérité de cette sanction, plusieurs procédés ont été mis en place afin de contourner l'inaptitude initiale du groupement.

Finalement, l'inaptitude du bénéficiaire de la libéralité peut soit être sanctionnée (A), soit contournée (B).

A. La sanction de l'inaptitude

320. L'inaptitude à exécuter une libéralité. Du côté du bénéficiaire de la libéralité, l'acte est contraire à sa spécialité, légale ou statutaire, chaque fois qu'il lui impose une « action étrangère à sa mission »⁴⁸⁹. Une telle obligation résulte des charges expresses grevant la libéralité. De deux choses l'une : soit, son bénéficiaire respecte la charge et il enfreint les limites que sa spécialité impose ; soit, il se conforme à sa spécialité, mais il ne respecte pas l'exécution de la charge.

Aussi, l'autorité administrative a-t-elle toujours été appelée à refuser l'autorisation d'accepter une telle libéralité à l'époque où la procédure d'autorisation préalable était généralisée⁴⁹⁰. Depuis, l'article 910 du Code civil prévoit expressément que l'autorité de tutelle peut s'opposer à l'acceptation de la libéralité lorsque le groupement « n'est pas apte à utiliser la libéralité conformément à son objet statutaire ». Ce faisant, il a été montré qu'il appartient au bénéficiaire de la libéralité de justifier son aptitude à exécuter les charges⁴⁹¹. Loin de conduire

⁴⁸⁹V. M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1683, p. 508.

⁴⁹⁰V. M. PLANIOL et G. RIPERT, *op. cit.*, n° 878, p. 1123.

⁴⁹¹V. *supra*, n° 291.

à une incapacité, le principe de spécialité consacre une *inaptitude*. Finalement, son contrôle permet, dans une certaine mesure, de protéger les intérêts du disposant.

Au-delà de cette sanction administrative, le juge civil peut être appelé à intervenir. Une charge contraire à la spécialité du bénéficiaire de la libéralité tombe nécessairement sous le champ de l'article 900 du Code civil⁴⁹². Selon ce texte :

Dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui sont contraires aux lois ou aux mœurs, seront réputées non écrites.

Il paraît certain qu'*une charge contrariant la spécialité légale est illicite*⁴⁹³, à l'exemple d'une obligation qui serait imposée à une association reconnue d'utilité publique de développer une activité lucrative. Au contraire, *une charge non conforme à l'objet statutaire est impossible*. On songe à une charge qui obligerait un groupement redistributeur à réaliser une opération ou une manifestation particulière⁴⁹⁴, ou celle qui voudrait qu'une fondation temporaire ne dispose pas du bien transmis. Si de telles charges ont constitué la cause impulsive et déterminante de la libéralité, la nullité s'étend à l'ensemble de l'opération⁴⁹⁵. D'anciens arrêts ont été en ce sens⁴⁹⁶.

La sanction du principe de spécialité par le juge judiciaire est d'autant plus importante désormais que l'autorité de tutelle n'est plus appelée, de façon contestable⁴⁹⁷, à exercer un contrôle sur les libéralités reçues par de nombreux établissements⁴⁹⁸.

Face à la rigueur de telles décisions, d'importants tempéraments ont rapidement été retenus.

⁴⁹²Plus largement, l'article 900 du Code civil a vocation à sanctionner les charges qui sont par elles-mêmes illicites, immorales ou impossibles indépendamment de la personne du bénéficiaire.

⁴⁹³*Contra Civ.*, 31 janvier 1893, *D.* 1893, 1, p. 513. Dans cette décision, la Cour de cassation refuse expressément d'avoir recours à l'illicéité

⁴⁹⁴L'objet d'un tel groupement est de redistribuer et non de réaliser. Ainsi, de manière très contestable, le Conseil d'État a autorisé une charge imposant à la Fondation de France de construire un abri pour animaux. Or, celle-ci ne saurait être assimilée à un organisme opérateur (V. CE, 8 décembre 2000, n° 205.000, *JCP G* 2001, II 10616, concl. C. MAUGÛE).

⁴⁹⁵V. *supra*, n° 36.

⁴⁹⁶V. A. SÉRIAUX, *Les successions, Les libéralités*, 2^e éd., Paris : PUF, 1993, coll. « Droit fondamental. Droit civil », n° 67, p. 123. *Comp. Civ.*, 9 mai 1922, *D.* 1925, 1, p. 206. La Cour déclare nul un legs adressé à un bureau de bienfaisance en ce qui lui imposait de créer trois lits pour les malades indigents d'une circonscription voisine alors que les pouvoirs d'un bureau de bienfaisance étaient cantonnés, par la loi, à sa seule circonscription. La nullité du legs trouve alors son fondement dans la spécialité du groupement désigné.

⁴⁹⁷V. *supra*, n° 273.

⁴⁹⁸V. *supra*, n° 304.

B. Le contournement de l'inaptitude

Le contournement de l'inaptitude a été possible en raison du développement de plusieurs tempéraments. À titre d'exemple, il est enseigné que le Conseil d'État autoriserait qu'un groupement modifie ses statuts afin de les rendre conformes avec les charges de la libéralité⁴⁹⁹. Au-delà de cette première hypothèse, les tempéraments aux règles découlant du principe de spécialité sont de deux ordres. D'abord, la pratique administrative a depuis longtemps cherché à sauver la libéralité adressée à un établissement inapte à l'exécuter. Ce faisant, il a rapidement été admis qu'une personne apte puisse être substituée à celle inapte désignée. Ensuite, l'étude des solutions rendues en matière de spécialité montre que les juridictions tant administratives que judiciaires interprètent largement l'objet des groupements.

Il convient de revenir sur ces deux principales limites : la substitution d'une personne apte (1) et l'interprétation large de l'objet du bénéficiaire (2).

1. La substitution d'une personne apte

La substitution peut être de deux types selon qu'elle concerne les seules personnes morales de droit public ou toutes les personnes morales. La première est une substitution administrative (a). La seconde consiste en une substitution volontaire (b).

a. La substitution administrative

321. Présentation. Là encore, l'appréhension du respect du principe de spécialité a pu faire l'objet d'une approche nuancée de la part de l'Administration⁵⁰⁰. Consacrant plusieurs propositions doctrinales, l'Administration a mis en place la pratique dite de la « **substitution** » en présence d'une libéralité adressée à une personne morale de droit public. Cette technique consiste à substituer une seconde personne publique plus apte à recevoir la libéralité que la personne originale⁵⁰¹. Le second groupement accepte alors la libéralité à la

⁴⁹⁹V. H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, n° 1425, p. 615.

⁵⁰⁰Cette approche de l'administration n'est pas sans rappeler la réserve administrative (V. *supra*, n° 283.).

⁵⁰¹V. T. TISSIER, *op. cit.*, n° 265, p. 719. Un auteur prétend que le bénéficiaire n'est pas la personne morale, mais le service public et qu'il importe uniquement que la libéralité parvienne à ce dernier (V. L. BÉQUET, « Des dons

place du premier. Ce procédé reposerait sur l'idée que toutes les personnes morales de droit public sont des démembrements de l'État de sorte que la substitution n'aurait qu'un caractère technique⁵⁰². Pour le dire autrement, la personnalité publique transcenderait la seule personne du légataire désigné. Le recours à la substitution administrative a été critiqué comme conduisant à refaire le testament⁵⁰³. Il a été défendu que le juge judiciaire, gardien du respect des volontés du disposant, dût sanctionner le montage opéré⁵⁰⁴. Le Conseil d'État, lui-même, a estimé qu'il n'était pas compétent pour juger si la substitution était conforme aux volontés du testateur et qu'il appartenait aux tiers d'agir devant le juge judiciaire⁵⁰⁵.

322. Une actualité incertaine. Par ce procédé, l'autorité de tutelle autorise une personne substituée à accepter la libéralité en lieu et place de la personne désignée. Ce faisant, une telle substitution administrative ne peut s'opérer que dans le cadre de la procédure d'autorisation préalable. Or, il y a bien longtemps que celle-ci ne s'applique plus que de façon extrêmement résiduelle aux personnes morales de droit public⁵⁰⁶. En principe, elles acceptent librement les libéralités qui leur sont adressées⁵⁰⁷, sauf réclamations des familles ou pour les établissements publics en présence de charges d'affectation particulière⁵⁰⁸. *La technique de la substitution administrative semble être tombée en désuétude*. Ainsi, la dernière décision du Conseil d'État, saisi au contentieux d'une telle question, remonte au 23 janvier 1970⁵⁰⁹. En l'espèce, un bureau d'aide social avait été autorisé à accepter la libéralité aux lieu et place des groupements désignés dont l'un avait été autorisé à refuser la libéralité, et l'autre « n'était pas compétent pour l'accepter en raison de sa spécialité géographique ».

et legs charitables – capacité des bureaux de bienfaisance et des divers établissements publics », *Revue générale d'administration* 1882, n° 1, p. 132 et s., spéc. p. 138 ; *adde* M. WALINE, *Droit administratif*, 8^e éd., Paris : Sirey, 1959, n° 664, p. 395). Sur la justification de l'absence de substitution réalisée par l'Administration entre personnes morales de droit privé, V. A. PONSARD, « Sur quelques difficultés relatives à l'interprétation des testaments : le rôle du juge dans la détermination du légataire ou du bénéficiaire de la charge », *JCP* 1957, I 1385, n° 45.

⁵⁰²V. R. CASSIN, *Droit civil approfondi et comparé : les libéralités avec charge et les fondations*, Paris : les Cours de droit, 1939, p. 291.

⁵⁰³V. H. RIPERT, *op. cit.*, p. 78. Comp. F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *op. cit.*, n° 664, p. 589.

⁵⁰⁴V. J. FLOUR et H. SOULEAU, *op. cit.*, n° 356, p. 234. Comp. H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 4, *Successions, Libéralités*, 5^e éd. par L. LEVENEUR et S. MAZEAUD-LEVENEUR, Paris : Montchrestien, 1999, n° 1425, p. 615. Un auteur remarque que les cas de contentieux sont rares devant le juge judiciaire tant l'Administration veille à obtenir l'accord des héritiers (V. H. RIPERT, *op. cit.*, p. 80).

⁵⁰⁵V. CE, 12 mars 1926, *Demoiselle Derenne*, *Rec.*, p. 275 ; CE, 2 août 1927, *Rivière*, *Rec.*, p. 889 ; CE, 24 juillet 1936, *Bureau de bienfaisance de Saint-Léonard*, *Rec.*, p. 856, relevés par A. PONSARD, art. précité, n° 6.

⁵⁰⁶Les différentes dispositions consacrant la pleine capacité d'exercice des personnes publiques remontent à la loi de décentralisation du 2 mars 1982 (V. M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1682, p. 505).

⁵⁰⁷V. *supra*, n° 272.

⁵⁰⁸V. *supra*, n° 278.

⁵⁰⁹CE, 23 janvier 1970, n° 76570.

À côté de la substitution administrative, une substitution volontaire s'est développée.

b. *La substitution volontaire*

323. Présentation. La substitution administrative ne peut pas jouer entre personnes morales de droit privé ou bien entre personnes morales de droit public et de droit privé. Dans ce cas, il est admis que la substitution soit le fait du gratifié lui-même. Il a alors recours à un tiers pour exécuter la charge litigieuse. Il s'agit de *l'acceptation conjointe* ou de *la double acceptation*⁵¹⁰. Une telle pratique s'est développée avec l'assentiment de l'autorité administrative, qui l'encourage dans bien des cas, et du juge tant judiciaire qu'administratif.

De nombreuses libéralités adressées à des personnes morales de droit public et grevées de charges cultuelles ont ainsi pu être sauvées. Le Conseil d'État et la Cour de cassation ont admis qu'en présence de charges de faire dire des messes au profit du disposant, la personne morale de droit public pouvait accepter la libéralité si elle faisait exécuter la charge par un tiers qu'elle aura désigné⁵¹¹.

Il est évident que le bénéficiaire désigné trouve un intérêt à déléguer l'exécution de la charge litigieuse à un tiers uniquement si la valeur de celle-ci est mesurée par rapport à celle de la libéralité.

À la différence de la précédente pratique, celle reposant sur une substitution volontaire est largement compatible avec le principe de la libre acceptation, le cas échéant sous réserve de non-opposition. Ce faisant, elle devrait prospérer et remplacer la substitution administrative.

À côté de la substitution, l'interprétation large des contours de la spécialité des groupements permet également de sauver bon nombre de dispositions.

2. *L'interprétation large de l'objet du bénéficiaire*

324. Une approche opportune. Si les difficultés relatives aux fondations de messes grevant des libéralités adressées à des personnes publiques ont rapidement été contournées grâce à la technique de la substitution volontaire, les charges confessionnelles non cultuelles ont posé

⁵¹⁰V. R. CASSIN, *op. cit.*, p. 284 ; V. GUEDJ, *Essai sur le régime juridique des fondations*, thèse de doctorat, Paris : Université de Paris II, 1999, n° 172, p. 133.

⁵¹¹Sur cette jurisprudence, V. A. TRASBOT, « Conditions et charges confessionnelles dans les libéralités aux personnes morales publiques », in *Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Tours, impr. Mame ; Paris, Dalloz, 1939, p. 839 et s., spéc. p. 844 et s.

davantage de difficultés. Avec les lois du 30 octobre 1886 en matière d'enseignement et du 9 décembre 1905 sur la séparation des Églises et de l'État⁵¹², toutes les charges imposant à une personne morale de droit public de procéder à un enseignement confessionnel, de créer un hospice dirigé par des religieux ou d'affecter les biens à la rénovation d'un lieu de culte, auraient, en effet, dû être nulles. Pourtant, chaque fois que de telles charges pouvaient être conciliées avec le principe de laïcité, la libéralité fut sauvée au point qu'il a pu être affirmé que « la jurisprudence nouvelle administrative et civile permettra de maintenir presque toutes les libéralités assorties de conditions ou charges confessionnelles »⁵¹³. Ainsi, une fondation adressée à une commune en vue de créer un hospice d'infirmités et de vieillards dirigé par des religieuses a, par exemple⁵¹⁴, été autorisée par l'autorité préfectorale sous réserve que lesdites religieuses n'assurent que le service et non la direction de l'œuvre et qu'il ne soit procédé à aucun enseignement religieux. Appelée à connaître du respect des volontés du testateur, la Cour de cassation a validé ce montage⁵¹⁵.

Ce faisant, les juridictions retiennent une interprétation large de la spécialité légale des personnes morales publiques. Depuis, un même constat a été fait par des auteurs qui ont relevé que l'Académie française a pu être autorisée à accepter une fondation visant à l'attribution d'un prix de vertu⁵¹⁶. Plus récemment le Conseil d'État a admis qu'une charge d'entretien du donateur puisse grever une libéralité adressée à une association culturelle alors même qu'elle n'avait pas pour objet l'exercice du culte⁵¹⁷.

De telles solutions sont opportunes, et ce d'autant plus, lorsque la difficulté naît d'une simple charge d'intérêt particulier qui est accessoire par rapport à la charge d'intérêt collectif. Elles sont, à l'instar des charges d'intérêt collectif, soumises au principe de spécialité⁵¹⁸. Le dernier exemple illustre cette hypothèse⁵¹⁹.

⁵¹²Lorsqu'elles imposent à une personne morale de droit public de procéder à un enseignement confessionnel, de créer un hospice dirigé par des religieux ou d'affecter les biens à la rénovation d'un lieu de culte, ces obligations constituent des charges d'intérêts collectifs.

⁵¹³V. A. TRASBOT, art. précité, spéc. p. 856.

⁵¹⁴Pour une étude exhaustive de la jurisprudence en matière de charges confessionnelles et culturelles, V. M. GRIMALDI, *op. cit.*, note n° 287, ss n° 1205, p. 149.

⁵¹⁵V. Req., 15 juillet 1931, *D.* 1932, 1, p. 33, note R. SAVATIER. Sur cette jurisprudence, V. A. TRASBOT, art. précité, spéc. p. 853.

⁵¹⁶V. H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, n° 1425, p. 614.

⁵¹⁷V. CE, 29 avril 2002, n° 216850.

⁵¹⁸Sur l'appréhension libérale du principe de spécialité en présence de charges (accessoires) de célébration de messes et d'entretien de sépulture, V. P. BENOIST, *Les dons et legs à personnes morales et le principe de spécialité*, Paris : LGDJ, 1938, p. 128 et s.

⁵¹⁹Pour une autre illustration, V. CE, 7 mai 2003, n° 241089. En l'espèce, un legs universel avait été adressé à une fondation dont l'objet était d'assurer la protection des animaux, mais également de gérer directement des refuges et dispensaires. La libéralité était grevée d'une charge imposant l'entretien du chien de la testatrice. Son héritier estimait, à tort selon la Haute juridiction, que les statuts du groupement ne lui permettaient pas d'assurer l'entretien de l'animal.

Finalement, si le principe de spécialité, appréhendé du côté du bénéficiaire, peut sembler rigoureux, les différents tempéraments retenus par la pratique et la jurisprudence permettent d'aboutir à des solutions équilibrées. Si le principe de spécialité est opposable aux groupements bénéficiaires, il l'est également aux personnes morales en leur qualité de disposant.

§2. La spécialité du disposant

325. Spécialité et personnes publiques. La spécialité du disposant invite à s'interroger sur son aptitude à consentir des libéralités, en ce qu'elles constituent des actes à titre gratuit. Cette question se distingue du point de savoir si une personne morale peut être animée d'une intention libérale⁵²⁰. Elle vise tout d'abord les personnes morales de droit public. La grande majorité de la doctrine estime, à tort, que les libéralités publiques sont prohibées⁵²¹. Le droit public est, en effet, largement compatible avec l'admission des libéralités publiques sous réserve du respect de l'intérêt général. Ce dernier est apprécié par rapport aux missions des personnes publiques. Le principe de spécialité limite incontestablement la possibilité pour l'État, les collectivités territoriales et les établissements publics de consentir à des libéralités publiques. Le recours pour excès de pouvoir est ouvert chaque fois que la libéralité publique ne respecte pas cette condition de légalité interne.

326. Spécialité et sociétés commerciales. La question de la spécialité du côté du disposant concerne encore les sociétés commerciales. Leur but est de réaliser des bénéfices. Elles doivent œuvrer conformément à l'intérêt social⁵²². Ainsi, le principe de spécialité a pu être

⁵²⁰V. *supra*, n° 37.

⁵²¹V. *supra*, nos 42. et s.

⁵²²La loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 a introduit en droit français la notion d'intérêt social. Depuis, la doctrine est divisée sur l'appréhension de cette notion au point qu'un auteur refuse d'y attacher tout sens et définition (V. G. SOUSI, *L'intérêt social dans le droit français des sociétés commerciales*, thèse pour le doctorat en droit, Lyon : Université de Lyon III, 1974, n° 366, p. 355). Classiquement trois approches de l'intérêt social sont proposées (V. B. DUPUIS, *La notion d'intérêt social*, thèse de doctorat, Paris : Université de Paris XIII, 2001). Selon la première, l'intérêt social serait l'intérêt des associés. Cette théorie est dite contractuelle (V. D. SCHIMDT, « De l'intérêt social », *JCP E* 1995, I 488, p. 361 et s.). La Cour de cassation a récemment condamné cette approche puisqu'elle a admis qu'un acte peut être contraire à l'intérêt social de la société, fut-il consenti par tous les associés (V. Com., 8 novembre 2011, n° 10-24.438, *Inédit* ; *Dr. sociétés* 2012, comm. n° 6, obs. H. HOVASSE ; *Rev. sociétés* 2012, p. 238, note A. VIANIER ; Civ. 3^e, 12 septembre 2012, n° 11-17.948, *Bull. civ.* III, n° 121 ; *Dr. sociétés* 2012, comm. n° 178, obs. R. MORTIER ; *Rev. sociétés* 2013, p. 16, note A. Vianier). Selon un deuxième point de vue, l'intérêt social renvoie à l'intérêt de l'entreprise. Cette approche est dite de l'École de Rennes (V. B. TEYSSIÉ, « L'intérêt de l'entreprise, aspect de droit du travail », *D.* 2004, p. 1680 ; J. PAILLUSSEAU, « Les fondements du droit moderne des sociétés », *JCP E* 1984, 14193). Enfin, l'intérêt social renverrait à l'intérêt propre de la société en tant qu'institution hiérarchisée. Il s'agit de la conception institutionnelle (V. R. SALOMON, *Précis de droit commercial*, préf. Ch. THIN, Paris : PUF, 2005, coll. « Major », p. 172 ; J. MESTRE, M.-E. PANCAZZI, I. ARNAUD-GROSSI et al., *Droit commercial, Droit interne et*

présenté comme une limitation des pouvoirs des organes de la société⁵²³. La libéralité, acte à titre gratuit, paraît de prime abord difficilement conciliable avec ces règles au point qu'il a été soutenu que les libéralités des sociétés commerciales seraient également interdites⁵²⁴. Dans le même ordre d'idée, il est soutenu que les libéralités représentent un risque en présence de sociétés : pour le groupement bénéficiaire en cas de nullité pour détournement des pouvoirs de la part du dirigeant social⁵²⁵ ; pour ce dernier contre lequel l'infraction d'abus de biens sociaux, voire plus largement d'abus de confiance⁵²⁶, pourrait être recherchée⁵²⁷ ; pour la société dans la mesure où la libéralité aurait toutes les chances de tomber dans le champ des actes anormaux de gestion⁵²⁸ et d'être déclarée inopposable à l'Administration fiscale pour le calcul de l'impôt sur les sociétés⁵²⁹.

Finalement, l'acte libéral devient possible chaque fois qu'il est compatible avec l'intérêt social et qu'il a pour but la réalisation de bénéfice. Ainsi, les libéralités à caractère collectif doivent toujours avoir pour finalité de développer l'image de marque de la société et conduire à des retombées économiques. Ce constat vaut tant pour les opérations de mécénat que pour

aspects de droit international, 29^e éd., Paris : LGDJ-Lextenso éd., 2012, coll. « Manuel », n° 374, p. 325 ; G. GOFFAUX-CALLEBAUT, « La définition de l'intérêt social, retour sur la notion après les évolutions législatives récentes », *RTD com.* 2004, p. 35 et s.). Si ces conceptions sont généralement présentées comme antinomiques les unes des autres, des auteurs préfèrent une approche complémentaire de celles-ci en fonction des enjeux en présence (V. J.-P. BERTEL, « Liberté contractuelle et société, essai d'une théorie du « juste milieu » en droit des sociétés », *RTD com.*, 1996, p. 595 et s. ; D. MARTIN, « L'intérêt des actionnaires se confond-il avec l'intérêt social » in *Mélanges en l'honneur de Dominique Schmidt*, Paris : Joly, 2005, p. 359 et s., p. 359 et s. ; B. DONDERO, *Droit des sociétés*, Paris : Dalloz, 3^e éd., 2013, coll. « Hypercours Dalloz », n° 24, p. 16).

⁵²³V. C. ATIAS, *Les personnes : les incapacités*, Paris : PUF, 1985, coll. « Droit fondamental. Droit civil », n° 150, p. 248. De même pour un lien entre le principe de spécialité et l'intérêt social, V. J. MESTRE, M.-E. PANCRAZI, I. ARNAUD-GROSSI, et al., *op. cit.*, n° 336, p. 298 ; B. DONDERO, *op. cit.*, n° 97, p. 70.

⁵²⁴V. C. BUR, *L'acte anormal de gestion ou le premier risque fiscal pour l'entreprise*, Paris : EFE, 1999, coll. « Audit juridique, comptable et fiscal », n°s 557 et s., p. 297 et s.

⁵²⁵Sur cette sanction, V. M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 28^e éd., Paris : LexisNexis, 2015, coll. « Manuels », n° 295, p. 173 ; G. WICKER, *Rép. civ. dalloz, v° Personne morale*, n° 31. *Adde Com.*, 13 décembre 2005, n° 03-18.002, *Inédit* ; *Rev. sociétés* 2006, p. 382, note B. BOULOC ; *Com.*, 13 novembre 2007, n° 06-15.826, *Inédit* ; *Dr. sociétés* 2008, comm. 32, obs. H. HOVASSE ; *Com.*, 3 juin 2008, n° 07-11.785, *Inédit* ; *Dr. sociétés* 2008, comm. 202, obs. R. MORTIER ; *JCP E* 2008, 2545, obs. F. DEBOISSY et G. WICKER ; *Com.*, 8 novembre 2011, n° 10-24.438, *Inédit* ; *Dr. sociétés* 2012, comm. 6, obs. H. HOVASSE.

⁵²⁶L'infraction d'abus de biens sociaux ne peut être caractérisée que dans une société anonyme (C. com., art. L. 242-6, 3^o) ou au sein d'une société à responsabilité limitée (C. com., art. L. 241-3, 3^o). À défaut, l'infraction de droit commun d'abus de confiance peut être retenue (C. pén., art. 314-1). Sur ces infractions, V. M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *op. cit.*, n° 315, p. 185.

⁵²⁷V. P. MACQUERON, « Mécénat et abus de bien social : une liaison dangereuse ? », *Lettre Omnidroit*, 18 février 2009, n° 38, p. 2 et s.

⁵²⁸V. C. BUR, *op. cit.*, n° 555, p. 296. Comp. P. SERLOOTEN, *Droit fiscal des affaires*, 14^e éd., Paris : Dalloz, 2015, coll. « Précis », n° 178, p. 152. Plus généralement, sur l'acte anormal de gestion, *adde* D. GUTMANN, *Droit fiscal des affaires*, 5^e éd., Paris : LGDJ-Lextenso éd., 2014, coll. « Domat. Droit privé », n°s 631 et s., p. 369 et s., et n°s 641 et s., p. 376 et s. Sont alors considérés comme constituant des actes anormaux de gestion ceux contraires à l'intérêt de l'entreprise ou aux besoins de l'exploitation. Sont visées les dépenses excessives et les dépenses illicites. L'intérêt social est alors édifié comme le « standard » de cet excès (V. G. GOFFAUX-CALLEBAUT, art. précité). Il est présenté comme son pendant fiscal (V. Ph. MERLE, *Sociétés commerciales : droit commercial*, 18^e éd., avec la collaboration de A. FAUCHON, Paris : Dalloz, 2014, coll. « Précis. Droit privé », n° 70, p. 87).

⁵²⁹La théorie de l'acte anormal de gestion permet à l'Administration fiscale de « rectifier » le résultat imposable déclaré par la société commerciale (V. D. GUTMANN, *op. cit.*, n° 631, p. 369). La rectification conduit à refuser que la dépense soit considérée comme une charge déductible au sens de l'article 39-1 du Code général des impôts. Elle est réintégrée dans le bénéfice net (V. BOI-BIC-CHG-10-10-20-20130109).

celles de parrainage⁵³⁰. Par ailleurs, les risques présentés doivent être relativisés. Les libéralités réalisées au titre du mécénat ne sauraient tomber sous le coup de l'acte anormal de gestion dans la mesure où elles ne sont pas appréhendées, fiscalement, comme une charge déductible, mais qu'elles conduisent simplement à une réduction d'impôt⁵³¹.

327. Spécialité des autres personnes morales. La question de la possibilité pour les autres groupements de réaliser des libéralités n'a pas donné lieu aux mêmes développements. Du côté des établissements d'utilité publique, la loi semble même avoir expressément prévu cette hypothèse puisqu'elle permet aux associations, quelle que soit leur nature, de recevoir les « dons d'établissements d'utilité publique »⁵³². En réalité, cette disposition vise principalement des situations dans lesquelles l'établissement se borne à faire le lien entre le disposant et le bénéficiaire final⁵³³. Pour autant, faute de limitation dans le texte, il convient de lui donner une portée plus importante. Au-delà de cette disposition, il est possible de reconnaître plus largement que toutes les personnes morales peuvent réaliser des libéralités dans la limite de leur objet social.

328. Conclusion du Chapitre. Que les activités des personnes morales soient enfermées dans les champs fixés par la loi et par leurs statuts est acquis. Que les actes contrariant ces règles puissent être l'objet de différentes sanctions ne doit pas faire de doute. Le juge judiciaire doit pouvoir déclarer nulle, tant la charge imposant à une personne morale de sortir de sa mission comme illicite ou impossible, que la libéralité réalisée par une personne morale qui serait contraire à l'intérêt social. Quant au juge administratif, il annule déjà une libéralité publique non justifiée pour des motifs d'intérêt général. La pratique administrative est dans le même sens qu'elle refuse d'autoriser l'acceptation d'une libéralité, voire qu'elle s'oppose à celle-ci, ou qu'elle déclare inopposable une libéralité réalisée par une société commerciale comme étant un acte anormal de gestion. Toutes ces sanctions peuvent être rattachées au principe de spécialité.

Au sein des règles s'intéressant aux conditions de validité des libéralités à caractère collectif, seules celles relatives au principe de spécialité sont véritablement propres à cette catégorie de libéralité. Au contraire, la nécessité de vérifier les conditions relatives à la capacité juridique

⁵³⁰V. *supra*, n° 147.

⁵³¹À la différence des dépenses de parrainage ou des subventions d'employeur (V. *supra*, n° 195.).

⁵³²L. du 1^{er} juillet 1901, art. 6.

⁵³³V. *supra*, n° 153.

de recevoir se retrouve tant pour les libéralités à caractère collectif que pour les libéralités ordinaires. Il en va de même des règles de forme.

Chapitre III. La forme

329. Fondement du formalisme et libéralités à caractère collectif. La question de la forme des libéralités à caractère collectif ne retient guère l'attention des auteurs. Ces libéralités sont soumises aux formes classiques de libéralités ordinaires, qui doivent respecter un lourd formalisme *ad validitatem* posé par le Code civil et suivant lequel les donations entre vifs et les testaments sont des actes solennels soumis à des conditions particulières. Une série d'exceptions à la solennité des libéralités réalisées entre vifs a toujours été admise. Ainsi, les donations manuelles, déguisées et indirectes se sont depuis longtemps développées. Dans la mesure où les règles de forme trouvent leur fondement dans la protection de la volonté du disposant, RIPERT a proposé de voir dans ces formes exceptionnelles la mise en œuvre d'un formalisme de substitution à même d'interpeller le bienfaiteur sur la gravité de son acte⁵³⁴. Si ce critère est largement retenu en doctrine pour les dons manuels et les donations déguisées, les auteurs sont davantage partagés en matière de donations indirectes. La facilité de réalisation de certaines d'entre elles permet, en effet, de douter de l'existence de formalités, équivalentes à la forme notariée, attirant l'attention du disposant.

La question de la forme des libéralités à caractère collectif doit nécessairement interroger eu égard à sa finalité. Ainsi, lorsque le disposant est une personne morale, les raisons d'être du formalisme *ad validitatem* ne se retrouve pas. Le bienfaiteur poursuit toujours la réalisation de son propre objet statutaire. Ce faisant, l'acte libéral n'a pas les caractères de gravité justifiant l'application des règles formelles. En revanche, lorsque le disposant est une personne physique, la libéralité conserve sa dangerosité, quand bien même l'acte profiterait à la collectivité. Le formalisme des libéralités ordinaires ne convient donc pas toujours aux libéralités à caractère collectif.

330. Plan. Ainsi, en matière de libéralités à caractère collectif, le formalisme traditionnel doit être réceptionné (Section I), sous réserve d'adaptations (Section II).

⁵³⁴G. RIPERT, *Répétitions écrites de droit civil approfondi et comparé : la notion de libéralité*, Paris : les Cours de droit, 1931, p. 157.

Section I. La réception du formalisme traditionnel

Les règles de forme en matière de libéralités s'articulent autour d'un principe et d'une exception. Si les libéralités sont, en principe, solennelles (§1), elles peuvent être, par exception, non solennelles (§2).

§1. Le principe : des libéralités solennelles

L'exigence d'un écrit répondant à certains critères fait du droit des libéralités un droit formaliste. Posées à titre de validité, les règles s'imposent à peine de nullité. Loin de poursuivre des finalités abstraites, le droit des libéralités repose, en réalité, sur un formalisme causé⁵³⁵.

Ainsi, les libéralités ordinaires sont soumises à la fois à un formalisme *ad validitatem* (A), qui n'est rien d'autre qu'un formalisme causé (B).

A. Un formalisme *ad validitatem*

331. Différentes formes d'écrits. Le droit des libéralités est un *droit formaliste*, ce qui constitue une spécificité par rapport aux autres droits qui reposent sur le principe du consensualisme. Plus encore, il est un *droit solennel*. Les libéralités reposent sur des écrits devant respecter plusieurs conditions à titre de validité.

L'article 893 du Code civil est désormais connu. Il définit deux catégories de libéralités : les donations entre vifs et les testaments. Pour autant, cette liste n'est pas exhaustive : des libéralités peuvent être réalisées par la voie de fiducies innommées⁵³⁶. S'agissant des donations entre vifs, l'article 931 du Code civil impose le recours à la forme notariée. La donation repose sur écrit particulier : un acte authentique réalisé par un notaire. Il en découle que les donations ostensibles sous seing privé sont nulles⁵³⁷. Quant au testament, il est enfermé dans l'une des formes prévues par l'article 969 dudit Code : par acte public, olographe ou mystique. Le testament prend toujours la forme d'un écrit : authentique ou sous seing privé. Les dispositions qui suivent prévoient, pour chacun de ces écrits, un certain

⁵³⁵Selon une expression empruntée à H. SOULEAU (V. note ss Civ. 1^{re}, 9 mars 1983, *Defrénois* 1983, art. 33172).

⁵³⁶V. *supra*, nos 69. et 217. et s.

⁵³⁷V. Civ. 1^{re}, 12 juin 1967, *Bull. civ.* I, n° 208 ; *D.* 1967, p. 584, note A. BRETON.

nombre d'exigences formelles à respecter à peine de nullité de l'acte. Le testament olographe doit être daté, écrit de la main du testateur, et signé par lui⁵³⁸. Le testament par acte public doit être reçu par deux notaires ou un notaire en présence de deux témoins⁵³⁹, devant lesquels le testateur dicte ses dernières volontés après quoi lecture de l'acte lui est donnée⁵⁴⁰. Une loi du 16 février 2015 est venue étendre la possibilité de tester, selon certaines modalités, par acte public aux personnes ne pouvant s'exprimer en langue française ainsi qu'à ceux ne pouvant dicter ou entendre⁵⁴¹. Pour finir, le testament par acte authentique doit être signé tant par le testateur que par le notaire et les témoins⁵⁴². Quant au testament mystique, il est à mi-chemin entre les deux autres formes de testament⁵⁴³. À ces trois formes, il convient d'ajouter le testament international prévu par la convention de Washington du 26 octobre 1973 et ratifiée par la France en 1994⁵⁴⁴. Là encore, un certain nombre de conditions de forme sont imposées *ad validitatem*⁵⁴⁵.

Finalement, les libéralités, quel que soit leur support, sont soumises à des conditions de formes particulières à titre de validité. À l'heure actuelle et faute de reconnaissance expresse, les actes constitutifs de fiducie aux fins de libéralités innommées empruntent les formes classiques de libéralité. Pour autant, si l'on voulait bien consacrer celles-ci, le formalisme *ad solemnitatem* devrait trouver à s'appliquer. Telle était la solution retenue par l'avant-projet de loi relatif à la fiducie du 1^{er} juillet 1991 qui imposait le recours à l'acte notarié qu'il s'agisse d'une fiducie entre vifs ou pour cause de mort⁵⁴⁶.

Le formalisme des libéralités n'est pas un formalisme désincarné. Au contraire, il est un formalisme causé.

⁵³⁸C. civ., art. 970.

⁵³⁹C. civ., art. 971.

⁵⁴⁰C. civ., art. 972.

⁵⁴¹L. n° 2015-177 du 16 février 2015, art. 3.

⁵⁴²C. civ., art. 973.

⁵⁴³V. F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Droit civil : Les successions, les libéralités*, 4^e éd., Paris : Dalloz, 2014, coll. « Précis. Droit privé », n^{os} 439 et s., p. 402 et s.

⁵⁴⁴L. n° 94-320 du 25 avril 1994, art. 1^{er}.

⁵⁴⁵V. F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *op. cit.*, n° 445, p. 407.

⁵⁴⁶V. M. GRIMALDI, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *Defrénois* 1991, art. 35085 et 35094, n° 44, à propos des articles 1101-1 et 2062, alinéa 2 de l'avant-projet.

B. Un formalisme causé

332. Protéger le consentement du disposant. Les raisons d'être du formalisme en matière de libéralité sont nombreuses⁵⁴⁷. Pour autant, les auteurs se retrouvent majoritairement autour d'un fondement précis : la protection du consentement du disposant face à la gravité de son acte⁵⁴⁸. Dans la mesure où le disposant ne rechercherait pas la poursuite d'un intérêt pécuniaire, la libéralité apparaîtrait « insolite », voire « suspecte »⁵⁴⁹. Ce faisant, les conditions requises *ad solemnitatem* sont supposées permettre d'attirer l'attention du disposant et prévenir les éventuelles pressions ou tentatives de captation dont il serait l'objet. En cela, le respect des exigences de forme serait la garantie de la sincérité et de la fermeté de la volonté du disposant⁵⁵⁰. À côté de cette raison, la solennité des libéralités a pu être justifiée par d'autres considérations⁵⁵¹. Les règles de forme permettraient également de protéger le bénéficiaire de la libéralité⁵⁵². Quant au recours à l'acte authentique, il assurerait la conservation de la preuve de l'acte⁵⁵³ et faciliterait le « contrôle social de l'activité libérale »⁵⁵⁴.

333. Du formalisme abstrait au formalisme causé. L'évolution de la jurisprudence en matière de formalisme testamentaire est intéressante. Elle montre que les conditions de forme tendent à s'assurer de la volonté du disposant. Plutôt que d'appliquer à la lettre les formes prescrites par les articles 970 et suivants du Code civil, la Cour de cassation a opéré un « glissement d'un formalisme abstrait à un formalisme causé »⁵⁵⁵ jusqu'à conduire à un véritable « mouvement d'érosion des formes »⁵⁵⁶. Ainsi, les exigences d'écriture dans le

⁵⁴⁷V. I. NAJJAR, *Rép. civ. dalloz*, v° *Donations*, n° 129.

⁵⁴⁸V. notamment M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. V, *Donations et testaments*, 2° éd., par A. TRASBOT et Y. LOUSSOUARN, Paris : LGDJ, 1957, n° 342, p. 461 ; J. FLOUR et H. SOULEAU, *Droit civil : Les libéralités*, par H. SOULEAU, Paris : Armand Colin, 1982, coll. « U Série Droit privé », n° 12, p. 8 ; G. MARTY et RAYNAUD, *Droit civil : Les successions et les libéralités*, par P. RAYNAUD, Paris : Sirey, 1983, n° 382 bis, p. 371 ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 4, *Successions, Libéralités*, 5° éd. par L. LEVENEUR et S. MAZEAUD-LEVENEUR, Paris : Montchrestien, 1999, n° 1452, p. 643 ; M. GRIMALDI, *Droit civil : Libéralités, partages d'ascendants*, Paris : Litec, 2000, n° 1273, p. 199 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *op. cit.*, n° 269, p. 266.

⁵⁴⁹V. A. ROUAST, *Droit civil approfondi : des libéralités entre vifs exemptes de formes*, Paris : Cours de droit, 1948-1949, p. 5.

⁵⁵⁰V. G. RIPERT, *Répétitions écrites de droit civil approfondi et comparé : la notion de libéralité*, Paris : les Cours de droit, 1931, p. 54.

⁵⁵¹En matière testamentaire, la forme garantirait l'exécution du testament. V. C. BAHUREL, *La volonté des morts : vouloir pour le temps où l'on ne sera plus*, préf. M. GRIMALDI, Paris : LGDJ-Lextenso éd., 2014, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 557, n°s 551 et s., p. 342 et s.

⁵⁵²V. J. FLOUR et H. SOULEAU, *op. cit.*, n° 18, p. 10.

⁵⁵³V. M. PLANIOL et G. RIPERT, *op. cit.*, n° 342, p. 461 ; J. FLOUR et H. SOULEAU, *op. cit.*, n° 18, p. 10 ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, n° 1452, p. 643 ; M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1273, p. 200.

⁵⁵⁴M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1273, p. 200.

⁵⁵⁵H. SOULEAU, note ss Civ. 1^{re}, 9 mars 1983, *Defrénois* 1983, art. 33172.

⁵⁵⁶V. J. -F. MONTREDON, *La désolennisation des libéralités*, préf. B. TEYSSIÉ, Paris : LGDJ, 1989, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 209, n° 285, p. 169.

testament olographe ou de dictée dans le testament authentique doivent être interprétées au regard de la finalité de la règle posée. Le testament par lequel le testateur se borne à recopier servilement un modèle imposé par un tiers est nul⁵⁵⁷, là où le testament à main guidée est, sous certaines conditions, valide⁵⁵⁸. Du côté du testament authentique, la condition de dictée n'est pas remplie si le testateur se borne à répéter ce que lui souffle le notaire instrumentaire⁵⁵⁹, alors même que le testament est valide en l'absence de dictée des dispositions non testamentaires⁵⁶⁰. Finalement, les juges du fond vont rechercher l'existence d'un élément moral, intellectuel tendant à démontrer la conscience du testateur, c'est-à-dire la réalité de son consentement.

En outre, le testament olographe peut être valable malgré son absence de date. Ainsi, chaque fois qu'une période de confection peut être déterminée à l'aide d'éléments intrinsèques, corroborés le cas échéant par des éléments extrinsèques, l'acte est sauvé si et seulement s'il n'existe pas sur cette période de testaments contradictoires, ni de doute sur la lucidité d'esprit du testateur⁵⁶¹. Là encore, la Haute juridiction cherche à sauver la validité du testament chaque fois que la volonté du testateur est certaine et que le respect du formalisme paraît d'une certaine manière indifférent⁵⁶².

Si les règles *ad solemnitatem* sont appliquées sans rigueur excessive, il arrive encore qu'elles soient exceptionnellement écartées.

⁵⁵⁷V. Civ. 1^{re}, 9 janvier 2008, n° 07-10.599, *Bull. civ. I*, n° 11, *Dr. fam.* 2008, n° 2, comm. 31, note B. BEIGNIER ; *RLDC* 2008, n° 53, p. 45, obs. C. BERNARD-XEMARD ; *Defrénois* 2009, p. 319, note F. LETELLIER.

⁵⁵⁸V. Req., 16 janvier 1923, *D.* 1924, 1, p. 46 ; Civ. 1^{re}, 16 juillet 1956, *D.* 1956, p. 661, note E. BLANC ; Civ. 1^{re}, 11 février 1997, n° 95-12.382, *Bull. civ. I*, n° 57 ; *JCP N* 1997, II 1187, note B. BEIGNIER ; *Defrénois* 1997, art. 36703, obs. G. CHAMPENOIS.

⁵⁵⁹V. Civ. 1^{re}, 29 juin 2011, n° 10-17.168, *Bull. civ. I*, n° 139 ; *Dr. famille* 2011, comm. 132, obs. B. BEIGNIER ; *Defrénois* 2012, p. 462, note A. CHAMOULAUD-TRAPIERS ; *RTD civ.* 2011, p. 791, obs. M. GRIMALDI ; *JCP N* 2011, 1257, note G. RIVIÈRE ; *AJ Famille* 2011, p. 501, obs. C. VERNIÈRES.

⁵⁶⁰V. Civ. 1^{re}, 1^{er} février 2012, n° 10-31.129, *Bull. civ. I*, n° 24 ; *Dr. famille* 2012, comm. 71, obs. B. BEIGNIER ; *Defrénois* 2012, p. 462, note A. CHAMOULAUD-TRAPIERS ; *RTD civ.* 2012, p. 360, obs. M. GRIMALDI ; *AJ Famille* 2012, p. 148, obs. N. LEVILLAIN.

⁵⁶¹V. Civ. 1^{re}, 30 juin 1992, *Stephan*, n° 90-19.021, *Bull. civ. I*, n° 215 ; *Defrénois* 1993, p. 384, obs. G. CHAMPENOIS ; *D.* 1993, p. 325, note J. MAURY ; *RTD civ.* 1993, p. 397, obs. J. PATARIN ; *JCP G* 1993, I 3713, obs. F.-X. TESTU ; Civ. 1^{re}, 10 mai 2007, *Garon*, n° 05-14.366, *Bull. civ. I*, n° 182 ; *Dr. famille* 2007, comm. 131, obs. B. BEIGNIER ; *AJ Famille* 2007, p. 315, obs. F. BICHERON ; *RTD civ.* 2007, p. 604, obs. M. GRIMALDI ; Civ. 1^{re}, 5 mars 2014, n° 13-14.093, *Bull. civ. I*, n° 31 ; *Dr. famille* 2014, comm. 78, obs. B. BEIGNIER ; *RTD civ.* 2014, p. 428, obs. M. GRIMALDI ; *JCP G* 2015, 101, note R. LE GUIDEC ; *AJ Famille* 2014, p. 248, obs. N. LEVILLAIN ; *Defrénois* 2014, p. 628, note M. NICOD. Un auteur estime même que la Cour de cassation pourrait se soustraire de la nécessité de reconstituer une quelconque période de rédaction du testament olographe s'il est certain que le testament a été rédigé alors que son auteur était capable et qu'il n'a jamais ni rédigé de testament contradictoire, ni fait l'objet d'une incapacité de tester (V. M. GRIMALDI, note ss Civ. 1^{re}, 10 mai 2007, *RTD civ.* 2007, p. 604).

⁵⁶²De tels assouplissements ont pu être jugés « problématiques » (V. D. GUÉVEL, « Remarques sur l'évolution des conditions de formes des testaments olographes (dix ans de jurisprudence de la Cour de cassation) », in *Ruptures, mouvement et continuité du droit : Autour de Michelle Gobert*, Paris : Economica, 2004, p. 450 et s., n°s 22 et s.).

§2. L'exception : des libéralités non solennelles

Malgré la lettre de l'article 893 du Code civil, le droit français a toujours admis un certain nombre de donations non solennelles sans pour autant autoriser la donation ostensible sous seing privé. Les auteurs ont longtemps cherché à expliquer les raisons d'être d'une telle admission.

Après s'être attardé sur les justifications de l'exclusion du formalisme *ad validitatem* (A), les différentes hypothèses de libéralités non solennelles seront présentées (B).

A. Les justifications de l'exclusion du formalisme *ad validitatem*

334. Des justifications plurielles. Si les auteurs s'entendent sur le fondement des libéralités solennelles, ils peinent en revanche à s'accorder sur les justifications des libéralités exemptes de forme⁵⁶³. Certaines de ces justifications reposent sur l'exégèse, d'autres se concentrent sur la raison d'être de la règle de forme. Les différentes théories proposées en la matière ont été systématisées par un auteur dans sa thèse consacrée à la « désolennisation des libéralités »⁵⁶⁴. La plus importante d'entre elle repose sur l'idée selon laquelle la voie empruntée par les libéralités non solennelles constitue des *formalismes de substitution*, des *formalismes de remplacement*, encore appelés *formalismes par équivalence*, voire d'un formalisme « para-légal », c'est-à-dire « parodique »⁵⁶⁵. La paternité d'une telle justification est reconnue à RIPERT, même si ce dernier ne l'a pas énoncé expressément en ces termes⁵⁶⁶. Selon l'éminent auteur, si les libéralités formelles non solennelles ont été admises par la jurisprudence, c'est qu'en ayant recours à une autre forme que la forme notariée, la volonté du disposant est certaine de sorte qu'il n'y aurait « aucune surprise à craindre »⁵⁶⁷. Finalement, les formalités de substitution sont supposées assurer une protection de la volonté du disposant aussi efficace que le recours au notaire. Une telle justification a été reçue différemment en doctrine. De nombreux auteurs lui reprochent de ne pouvoir englober l'ensemble des libéralités non solennelles, tandis que quelques-uns la rejettent⁵⁶⁸. Si l'on veut bien admettre une telle théorie, alors les libéralités étudiées constitueraient des *libéralités formelles non solennelles*. Reste qu'il n'est pas aisé de découvrir une justification ailleurs, au point qu'il a

⁵⁶³Selon une expression empruntée à A. ROUAST (*V. Droit civil approfondi : des libéralités entre vifs exemptes de formes*, Paris : Cours de droit, 1948-1949).

⁵⁶⁴V. J. -F. MONTREDON, *op. cit.*, n^{os} 15 et s., p. 20 et s.

⁵⁶⁵V. M. NICOD, *Le formalisme en droit des libéralités*, La Baule : impr. de la Mouette, 2000, n^o 413, p. 175.

⁵⁶⁶V. M. GRIMALDI, *op. cit.*, note n^o 74, ss n^o 1278, p. 209.

⁵⁶⁷V. G. RIPERT, *op. cit.*, p. 157.

⁵⁶⁸V. J. -F. MONTREDON, *op. cit.*, n^{os} 44 et s., p. 36 et s.

été soutenu que le fondement de ces libéralités devait être recherché dans l'existence d'une véritable coutume *contra legem*⁵⁶⁹.

Pour comprendre la critique adressée à la proposition de RIPERT, il est nécessaire de présenter les différentes situations de libéralités formelles non solennelles.

B. Les hypothèses de libéralités non solennelles

Les libéralités non solennelles sont connues ; elles sont réunies en trois catégories : les dons manuels (1), les donations déguisées (2) et les donations indirectes (3).

1. Les dons manuels

335. Un contrat réel. L'admission du don manuel au rang des actes pouvant réaliser une libéralité ne fait aucun doute. En cela, il constitue une exception notable et séculaire à l'exigence de la forme notariée. Le don manuel a largement été appréhendé lors de l'étude des libéralités sollicitées par des appels au soutien du public : ces appels aboutissent quasi exclusivement à de telles libéralités simplifiées⁵⁷⁰. La spécificité du don manuel est qu'il repose sur une *tradition réelle*, c'est-à-dire sur la remise de la chose objet de la libéralité. Dans une approche moderne de la tradition, la jurisprudence a été jusqu'à admettre qu'elle puisse être dématérialisée au point que certains ont pu parler de quasi-tradition⁵⁷¹. Quelle que soit la forme de cette tradition, le don manuel peut être rangé au sein des contrats réels, qui appartiennent à la catégorie plus large des contrats formels⁵⁷².

La doctrine s'accorde largement pour voir dans la tradition l'existence d'un formalisme de substitution⁵⁷³, même si des arguments exégétiques sont généralement soulevés en faveur de

⁵⁶⁹V. *ibidem*, nos 49 et s., p. 41 et s. Déjà sur le caractère coutumier du don manuel, V. G. PACILLY, *Le don manuel*, préf. H. LEMONNIER, Paris : Dalloz, 1936, n° 72 et s., p. 181 et s.

⁵⁷⁰V. *supra*, n° 117.

⁵⁷¹V. N. PETERKA, *Les dons manuels*, préf. P. CATALA, LGDJ, 2001, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 355, n° 389, p. 343 ; H. MÉAU-LATOIR, « La dématérialisation à l'épreuve du don manuel d'actions », in *Aspects actuels du droit des affaires : mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Paris : Dalloz, 2003, p. 797 et s., nos 41 et s.

⁵⁷²V. F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil : Les obligations*, 11^e éd., Paris : Dalloz, 2013, coll. « Précis. Droit privé », n° 63, p. 83.

⁵⁷³J. FLOUR et H. SOULEAU, *op. cit.*, n° 81, p. 53 ; M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1281, p. 212 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *op. cit.*, n° 539, p. 488.

l'admission du don manuel⁵⁷⁴. Le législateur de 1987 a, par exemple, implicitement consacré la validité des dons manuels en permettant à toute association d'en recevoir⁵⁷⁵.

Le don manuel permet de réaliser une libéralité formelle non solennelle. Il en va de même des donations déguisées.

2. Les donations déguisées

336. Déguisement et formalisme. Tout comme le don manuel, l'admission des donations déguisées est ancienne⁵⁷⁶. La donation déguisée repose sur la *simulation*⁵⁷⁷. Les parties ont fait le choix d'un acte apparent qui cache, par un mensonge, une libéralité telle une vente dans laquelle le prix serait fictif⁵⁷⁸ ou la reconnaissance d'une dette fictive⁵⁷⁹. Si la donation déguisée n'est pas soumise à la forme notariée de l'article 931 du Code civil, elle n'est pas exempte de toutes formes. En matière de simulation, s'il convient de respecter les conditions de fond de l'acte caché, les conditions de forme à appliquer sont celles de l'acte apparent⁵⁸⁰. Les auteurs affirment alors que le déguisement de la donation doit être parfait et complet⁵⁸¹. Ce faisant, la donation déguisée ne serait pas indifférente à tout critère formaliste au point que l'existence d'un « élément formel d'extranéité » est défendue en matière de donations déguisées⁵⁸². Le droit des contrats français étant essentiellement consensualiste⁵⁸³, il est rare que la donation déguisée repose, cependant, sur des règles de forme *ad validitatem*.

⁵⁷⁴Sur ces arguments, V. G. PACILLY, *op. cit.*, n° 69 et s., p. 174 et s.

⁵⁷⁵L. du 1^{er} juillet 1901, art. 6.

⁵⁷⁶V. Civ., 31 mai 1813 ; H. CAPITANT, F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 1, *Introduction, personnes, famille, biens, régimes matrimoniaux, successions*, 13^e éd., Paris : Dalloz, 2015, coll. « Grands arrêts », n° 130, p. 684 et s. *Adde* H. BLAISE, « La formation au XIX^e siècle de la jurisprudence sur les donations déguisées », in *Mélanges offerts à René Savatier*, Paris : Dalloz, 1965, p. 89 et s. Des auteurs contestent sa validité et défendent la nullité de la donation déguisée (V. H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 4, *Successions, Libéralités*, 5^e éd. par L. LEVENEUR et S. MAZEAUD-LEVENEUR, Paris : Montchrestien, 1999, n° 1481, p. 664).

⁵⁷⁷V. A. ROUAST, *op. cit.*, p. 215 ; H. MÉAU-LAUTOUR, *La donation déguisée en droit civil français : contribution à la théorie générale de la donation*, préf. P. RAYNAUD, Paris : LGDJ, 1985, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 184, n° 118, p. 92. Comp. J. -F. MONTREDON, *op. cit.*, n° 24, p. 23 (le recours à la simulation devrait conduire à la nullité de l'acte).

⁵⁷⁸V. F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *op. cit.*, n° 562, p. 505.

⁵⁷⁹V. *ibidem*, n° 564, p. 507. Plus largement pour une étude des différentes hypothèses de donations déguisées, V. H. MÉAU-LAUTOUR, *op. cit.*, n° 128 et s., p. 99 et s.

⁵⁸⁰V. F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 548, p. 696.

⁵⁸¹V. A. ROUAST, *op. cit.*, p. 228 ; M. NICOD, *op. cit.*, n° 345, p. 145 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *op. cit.*, n° 560, p. 504. *Contra* H. MÉAU-LAUTOUR, *op. cit.*, n° 335, p. 249 et s.

⁵⁸²V. I. NAJJAR, *op. cit.*, n° 231.

⁵⁸³V. F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 128, p. 155.

Aussi, a-t-il été soutenu que le déguisement constituerait en lui-même une forme⁵⁸⁴. En ayant recours à un acte simulé, c'est-à-dire à un mensonge, le disposant devait nécessairement prendre conscience de la gravité de son acte⁵⁸⁵. En cela, le déguisement constituerait sans conteste un formalisme de substitution. Là encore, des arguments exégétiques sont proposés au soutien de la validité des donations déguisées⁵⁸⁶.

Il en va de même des donations indirectes.

3. Les donations indirectes

337. Un acte ambivalent. À l'instar du don manuel, la donation indirecte a été largement rencontrée au sein de cette étude⁵⁸⁷. Ainsi, les actes de fondations⁵⁸⁸, les engagements sur un programme d'action pluriannuel⁵⁸⁹ comme certaines donations innovantes⁵⁹⁰ constituent de telles libéralités. Les donations indirectes sont difficiles à cerner au point de constituer une catégorie résiduelle de libéralités définies par leur caractère « ambigu »⁵⁹¹ ou par leur ambivalence⁵⁹². Là encore, la validité de telles libéralités est depuis longtemps admise⁵⁹³. À la différence des deux précédentes catégories de libéralité, les auteurs sont plus réservés sur l'existence d'un formalisme de substitution. Certaines donations indirectes sont, en effet, extrêmement simples à mettre en œuvre, de sorte qu'il est possible de douter que le disposant ait pris pleinement conscience de la gravité de son acte⁵⁹⁴. La vente à un prix dérisoire illustre cette facilité. En outre, il n'est pas certain qu'un acte instrumentaire soit nécessaire pour retenir l'existence d'une telle libéralité⁵⁹⁵. Aussi, les auteurs préfèrent-ils rechercher dans certains textes, la justification des donations indirectes⁵⁹⁶.

⁵⁸⁴V. H. MÉAU-LAUTOUR, *op. cit.*, n° 552, p. 414.

⁵⁸⁵V. J. FLOUR et H. SOULEAU, *op. cit.*, n° 105, p. 71 ; M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1314, p. 239.

⁵⁸⁶Sur ces derniers, V. H. MÉAU-LAUTOUR, *op. cit.*, n° 16 et s., p. 28 et s.

⁵⁸⁷V. *supra*, n° 67., 125., 208. et 209.

⁵⁸⁸V. *supra*, n°

⁵⁸⁹V. *supra*, n°

⁵⁹⁰V. *supra*, n°

⁵⁹¹V. F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *op. cit.*, n° 570, p. 511.

⁵⁹²V. M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1324, p. 248. Il a été soutenu que la donation indirecte était un acte abstrait (V. A. PONSARD, *Les donations indirectes en droit civil français*, Paris : Sirey, 1946, p. 130).

⁵⁹³V. A. PONSARD, *op. cit.*, p. 93 et s.

⁵⁹⁴V. J. FLOUR et H. SOULEAU, *op. cit.*, n° 128, p. 85 ; M. NICOD, *op. cit.*, n° 420, p. 177 ; M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1326, p. 249 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *op. cit.*, n° 571., p. 512. *Contra* A. PONSARD, *op. cit.*, p. 126 et s.

⁵⁹⁵V. M. GRIMALDI, *op. cit.*, 1330, p. 252.

⁵⁹⁶Sur ces arguments textuels, V. A. PONSARD, *op. cit.*, p. 110 et s.

338. Conclusion de la Section. Les libéralités à caractère collectif empruntent la forme classique des libéralités ordinaires. Ce sont des libéralités formelles. Pourtant, dans un certain nombre d'hypothèses, le formalisme traditionnel est inadapté, soit parce qu'il est trop rigoureux, soit au contraire car il n'est pas assez sévère. Le formalisme traditionnel doit alors être adapté.

Section II. L'adaptation du formalisme traditionnel

339. Des difficultés nombreuses. Les précédents développements ont déjà offert l'occasion de mettre en évidence quelques difficultés propres au regard du formalisme des libéralités à caractère collectif. Ainsi, les offres de concours avec l'administration ont pendant longtemps été considérées comme à titre onéreux afin de les sauver de la nullité pour non-respect du formalisme de l'article 931 du Code civil. Depuis, il est admis que les offres de concours y dérogent⁵⁹⁷. La particularité du cocontractant, pris en la personne de l'administration, imposerait des règles exorbitantes du droit commun. En outre, du côté des donations temporaires d'usufruit, l'administration fiscale impose le recours au notaire afin de les rendre pleinement efficaces, c'est-à-dire en leur assurant de ne pas être soumises à la procédure de l'abus de droit⁵⁹⁸. Cette position est critiquable : le formalisme notarié ne s'impose pas avec la force de l'évidence⁵⁹⁹.

À ce stade, seules certaines difficultés particulières seront étudiées. Elles sont relatives à la finalité du formalisme. En présence d'une personne morale, le formalisme *ad validitatem* peine, en effet, à convaincre. En revanche, du côté des personnes physiques, certaines libéralités à caractère collectif échappent à ce formalisme alors même que rien ne le justifie. Finalement, ces difficultés diffèrent selon la qualité du disposant, c'est-à-dire selon que les libéralités sont consenties par les personnes morales (§1) ou par les personnes physiques (§2).

⁵⁹⁷V. *supra*, n° 33.

⁵⁹⁸V. *supra*, n° 121.

⁵⁹⁹V. *supra*, nos 122. et 197.

§1. Les libéralités consenties par les personnes morales

340. Un formalisme peu utile. En pratique, de nombreuses libéralités consenties par des personnes morales sont réalisées en dehors des exigences de solennité de l'article 931 du Code civil. La majorité d'entre elles procèdent de dons manuels, d'autres s'appuient sur des engagements unilatéraux de volonté. Ce sont, par exemple, les différents engagements pris par les fondateurs d'une fondation d'entreprise. Afin d'autoriser la constitution d'une telle fondation, il a été montré que l'administration impose que les fondateurs s'engagent sur un *programme d'action pluriannuel*⁶⁰⁰. Or, en pratique, ces engagements sont enfermés dans des actes sous seing privé⁶⁰¹. Dans la mesure où l'engagement unilatéral de volonté réalise une donation indirecte, il paraît logique que ces actes échappent au formalisme *ad validitatem* des libéralités⁶⁰².

À côté des hypothèses de libéralités non solennelles admises en droit, force est de constater que les personnes morales ont, en fait, couramment recours à des *donations ostensibles sous seing privé*. Souvent, la personne morale s'engage à verser des sommes sur plusieurs années à un bénéficiaire en vertu d'un acte sous seing privé. L'hypothèse est courante en matière de *subventions publiques*. Elles conduisent généralement à la conclusion de conventions pluriannuelles sous seing privé. De la même manière, en matière de mécénat d'entreprise, les pouvoirs publics encouragent la conclusion de ce type de convention⁶⁰³.

341. L'inutile protection du disposant personne morale. L'étude des règles de forme des libéralités a mis en évidence que le fondement de celles-ci devait être recherché dans la volonté de protéger le disposant contre un acte supposé grave tant pour son patrimoine que pour sa famille. Finalement, le formalisme *ad validitatem* n'a de sens qu'en présence d'un disposant personne physique. Au contraire, la personne morale, lorsqu'elle consent une libéralité, poursuit nécessairement la réalisation de son objet social. En présence d'une personne publique, la libéralité lui permet de réaliser sa mission d'intérêt général⁶⁰⁴. Quant aux sociétés commerciales, la libéralité aboutit à des retombées économiques⁶⁰⁵. Ainsi, les

⁶⁰⁰V. *supra*, n° 124.

⁶⁰¹V. *supra*, n° 209.

⁶⁰²V. *supra*, n° 67.

⁶⁰³En matière de mécénat d'entreprise, il est conseillé aux associations de conclure une convention sous seing privé prévoyant le montant du versement que l'entreprise s'engage à verser et les engagements corrélatifs de l'association en matière de promotion de l'image du mécène (V. *Guide des associations*, Paris : la Documentation française, 2009, coll. « Droits et démarches », p. 198).

⁶⁰⁴V. *supra*, n° 188.

⁶⁰⁵V. *supra*, n° 189.

règles de forme ne s'imposent pas lorsque le disposant est une personne morale⁶⁰⁶. *La personne morale doit pouvoir réaliser des libéralités par la voie de donations ostensibles sous seing privé* ; la pratique actuelle doit être consacrée.

En revanche, une telle possibilité ne doit pas être reconnue aux personnes physiques.

§2. Les libéralités consenties par les personnes physiques

Du côté des personnes physiques, les règles de forme s'imposent. Dès lors, il convient de veiller à ce que les formes prévues par le Code civil, ou les formalités qui s'y substituent, soient pleinement efficaces. En d'autres termes, lorsque la libéralité repose sur un formalisme par équivalence, il importe de s'assurer que celui-ci joue pleinement son rôle.

À cet égard, les libéralités à caractère collectif peuvent présenter trois séries de difficultés. Les premières concernent les actes de fonder entre vifs (A). Les deuxièmes posent la question des dons manuels consécutifs à un avis de prélèvement automatique (B). Enfin, les troisièmes invitent à s'interroger sur les souscriptions publiques (C).

A. Les actes de fonder entre vifs

342. Un acte grave. L'acte de fondation est généralement appréhendé comme une donation classique. Lorsque la fondation a pour but de créer un nouvel établissement et qu'elle est réalisée entre vifs, il a été proposé d'y voir une simple offre de donation⁶⁰⁷. Une fois créé, le groupement pourrait accepter l'offre. Partant, il découle de cette proposition que l'offre et son acceptation doivent revêtir la forme notariée au sens des articles 931 et 932 du Code civil. Face aux risques de caducité et de révocation inhérents à l'offre⁶⁰⁸, il est préférable de reconnaître l'existence dans l'acte de fonder un nouvel établissement entre vifs un engagement unilatéral de volonté. En outre, cet instrument est davantage fidèle aux caractéristiques de cette catégorie de fondation⁶⁰⁹. En ce qu'il constituerait une forme particulière de donation indirecte⁶¹⁰, l'engagement de fonder devrait alors échapper au

⁶⁰⁶D'autres problèmes propres aux personnes morales pourraient, il est vrai, justifier le recours au notaire notamment pour s'assurer du pouvoir de représentation des administrateurs sociaux. L'intervention du notaire peut paraître souhaitable à ce stade.

⁶⁰⁷V. *supra*, n° 92.

⁶⁰⁸V. *supra*, n° 203. et s.

⁶⁰⁹V. *supra*, n° 208.

⁶¹⁰V. *supra*, n° 67.

formalisme *ad solemnitatem* du droit des libéralités. Il s'agirait d'une conséquence bien peu opportune à la requalification. En cherchant à sécuriser l'institution du côté du groupement à créer, on en viendrait à la rendre plus dangereuse pour le disposant. Une telle voie n'est pas soutenable, même s'il est arrivé au Conseil d'État d'accorder la reconnaissance d'utilité publique à des actes de fondation sous seing privé⁶¹¹.

Les raisons d'être du formalisme notarié trouvent à s'appliquer chaque fois que le *fondateur est une personne physique*. L'acte de fondation est un *acte grave* et ce d'autant plus, que le fondateur peut être guidé par des intérêts divers notamment le souci de sa propre immortalité. Les risques ayant conduit à la solennité des libéralités se retrouvent ici. L'acte de fondation est d'autant plus dangereux lorsqu'il tend à créer une fondation reconnue d'utilité publique : le Conseil d'État impose que le disposant affecte un patrimoine d'une valeur substantielle⁶¹². Ainsi, seul le recours au notaire permet de s'assurer de la volonté du fondateur. *L'engagement unilatéral de volonté de fondation doit revêtir la forme notariée*.

Une même solution devrait s'appliquer aux fonds de dotation dans la mesure où le législateur a récemment imposé l'existence d'une dotation initiale, donc d'un acte de fondation⁶¹³. Reste qu'une telle solution risque de ne pas être suivie dans les faits pour deux raisons. D'abord, elle constituerait un frein important au développement des fonds de dotation pourtant censés se constituer facilement. Ensuite, le législateur n'a pas octroyé à l'autorité de tutelle la possibilité de s'opposer à la constitution d'un fonds sans dotation de sorte qu'en pratique le fondateur constituera son fonds sans engagement particulier. Une fois le fonds constitué, il lui apportera l'équivalent de la dotation sous la forme d'un don manuel. En d'autres termes, le fonds de dotation sera créé, dans les faits, sans acte juridique de fondation⁶¹⁴.

Les dons manuels réalisés par des personnes physiques et consécutifs à une autorisation de prélèvement posent également des difficultés.

⁶¹¹V. R. CASSIN, *Droit civil approfondi et comparé : les libéralités avec charge et les fondations*, Paris : les Cours de droit, 1939, p. 70.

⁶¹²D'un montant de 1 500 000 € (V. *supra*, n° 257.).

⁶¹³D'un montant de 15 000 € minimum (D. n° 2009-158 du 11 février 2009, art. 2 *bis*).

⁶¹⁴Déjà sur ce point, V. *supra*, n° 91.

B. Les dons manuels consécutifs à un avis de prélèvement automatique

343. Prélèvements et dons manuels. Les versements consécutifs à un avis de prélèvement sont, à l'heure actuelle, extrêmement nombreux. Il s'agit d'un mécanisme privilégié par les organismes ayant recours à des appels à la générosité du public. L'avis de prélèvement a pour particularité d'être librement révocable. À intervalle régulier, selon des modalités définies dans cet avis, l'établissement bancaire procède au virement et ce, jusqu'à ce que le donneur d'ordre révoque l'autorisation. L'analyse de l'opération n'est pas aisée. En ce que l'avis de prélèvement est librement révocable, il ne peut s'agir d'une donation ostensible sous seing privé. Au contraire, les prélèvements automatiques sont des formes modernes de virements⁶¹⁵. Partant, chaque prélèvement constitue très certainement un don manuel. À l'instar du virement traditionnel, l'opération repose sur un mandat donné à l'établissement bancaire. Elle réalise alors un don manuel par l'entremise d'un tiers. Une telle présentation paraît trop rapide, elle perd de vue la finalité de la tradition. À ce stade, les difficultés propres à cette institution seront évoquées sans qu'il soit possible d'y apporter de réponses fermes et convaincantes.

344. Consentement et tradition. Comme point de départ, il convient de retenir qu'en matière de dons manuels, la tradition et l'émission du consentement du disposant n'ont pas à être concomitantes. Le don manuel par l'entremise d'un tiers est, en effet, admis⁶¹⁶. Le virement traditionnel en est une illustration. Le consentement du donateur est enfermé dans l'ordre donné à l'établissement bancaire. Une fois ce dernier devenu irrévocable, cet intermédiaire procède au virement, c'est-à-dire à la tradition permettant la formation du don manuel. Le don manuel réalisé par l'intermédiaire d'un tiers est alors formé, non au jour de l'expression du consentement, mais à celui de la tradition. Il apparaît déjà que la tradition réalisée par l'entremise d'un tiers est plus délicate à justifier au regard de la théorie du formalisme par équivalence.

Un tel argument suffit-il à faire des prélèvements permanents des dons manuels ? La réponse est sans doute négative : l'hypothèse est curieuse. Chaque virement trouve son origine dans un consentement unique et exprès émis lors de la signature de l'autorisation de prélèvement. En d'autres termes, la tradition paraît détachée du consentement. Or, la « volonté ne peut

⁶¹⁵V. *supra*, n° 118.

⁶¹⁶V. N. PETERKA, *J.-Cl. civil code*, art. 931, fasc. 30 : « Donations et testaments – Donations entre vifs – Dons manuels », n° 97.

s'exprimer que par la tradition réelle »⁶¹⁷, de sorte qu'elle est un mode d'expression du don manuel⁶¹⁸. La tradition est supposée renfermer le consentement du bienfaiteur.

En réalité, pour sauver l'opération, il convient de retenir que le *consentement du donateur est tacite*. Tant qu'il ne révoque pas l'autorisation de prélèvement, le consentement initial enfermé dans l'autorisation de prélèvement est supposé être maintenu et renouvelé tacitement à chaque opération. Aucune autre solution ne peut être défendue. Si le bienfaiteur vient à être frappé d'incapacité, les virements effectués après la mise en place d'une mesure de protection, voire ceux réalisés lors de la période suspecte de deux ans la précédant⁶¹⁹, doivent pouvoir être annulés, sans que le bénéficiaire ne puisse arguer de la capacité de ce premier au moment de la signature de l'avis de prélèvement.

345. L'échec du formalisme de substitution. Il n'en demeure pas moins qu'à retenir l'existence d'un consentement tacite, la tradition perd alors son rôle de formalité de substitution. Lors de la signature de l'ordre, l'attention du donateur n'est pas attirée sur les conséquences de son acte. Au contraire, le mécanisme est généralement présenté comme anodin ; il reposerait sur des sommes modiques. Cependant, rien n'impose que les prélèvements soient effectivement peu importants. La finalité du don peut conduire à des engagements inconsidérés. L'attention du disposant n'est pas davantage attirée au jour de la tradition puisqu'elle résulte uniquement de son silence.

Finalement, il en ressort un résultat singulier : un acte de donation, considéré en lui-même comme une opération grave et dangereuse, reposant sur une volonté implicite. Il est heureux de constater que les virements permanents mettent généralement en jeu des sommes modestes, ce qui réduit considérablement les dangers que la forme *ad vadilitatem* est supposée prévenir.

Finalement, aucune des voies suivies n'est pleinement satisfaisante. Soit on refuse de voir dans les prélèvements automatiques des dons manuels et l'opération doit sans doute être requalifiée en une donation ostensible sous seing privé. Elle serait alors doublement nulle, ce qui n'est pas souhaitable : d'abord, pour vice de forme au regard de l'article 931 du Code civil ; ensuite, pour vice de fond en raison du caractère révocable de la donation⁶²⁰. Soit on

⁶¹⁷V. G. PACILLY, *op. cit.*, n° 6, p. 19.

⁶¹⁸V. *ibidem*.

⁶¹⁹C. civ., art. 476, al. 4.

⁶²⁰V. *supra*, n° 137. et s.

accepte que chaque virement constitue un don manuel, et on se résigne à sacrifier, dans de rares hypothèses, la protection du disposant.

Une dernière institution a pu poser quelques difficultés relativement à la forme. Ce sont les souscriptions publiques.

C. Les souscriptions publiques

346. Vers un formalisme informatif. En matière de souscription publique, il a été montré que le souscripteur peut adopter deux attitudes différentes : répondre à la sollicitation en procédant à un versement immédiat, auquel cas il s'agit d'un don manuel, ou s'engager à participer à la souscription. Afin de sécuriser l'opération, la doctrine classique reconnaît l'existence d'une donation indirecte, fondée sur une stipulation pour autrui, lorsque la souscription profite à un tiers. Ce faisant, la promesse ne serait pas soumise aux règles de formes de l'article 913 du Code civil⁶²¹. Une telle solution a été critiquée. Il est préférable de voir dans la promesse, quel qu'en soit le destinataire, un engagement unilatéral de volonté particulier⁶²². Là encore, l'existence de formalités de substitution qui permettraient d'attirer l'attention du souscripteur sur son acte n'apparaît pas clairement. Selon un auteur, l'absence de formalisme en matière de souscription peut s'expliquer par le but social de la libéralité⁶²³. L'argument ne convainc pas. Si tel était le cas, toutes les libéralités à caractère collectif devraient être exemptes de forme. Une nouvelle fois, l'idée de modicité semble atténuer la nécessité de protéger le disposant. Pourtant, le caractère modeste des engagements n'est pas de l'essence de la souscription publique.

De lege ferenda, lorsque l'engagement dépasse un certain montant fixé par les pouvoirs publics, le souscripteur devrait signer un bulletin de souscription. Cet écrit sous seing privé pourrait comporter la mention écrite de sa main de la somme en chiffre et en lettre promise à l'instar de ce qui est prévu à l'article 1326 du Code civil. De surcroît, le bulletin devrait comporter un certain nombre d'informations supposées attirer l'attention du bienfaiteur, au rang desquels la dénomination de l'organisateur, l'affectation précise des sommes et la désignation du bénéficiaire final si la souscription est réalisée au profit d'un tiers. En cela, il serait possible de s'inspirer du régime de la souscription d'actions d'une société en formation.

⁶²¹V. *supra*, n° 210.

⁶²²V. *ibidem*.

⁶²³V. A. PONSARD, *op. cit.*, p. 98.

Le Code de commerce impose la signature d'un bulletin de souscription respectant un certain nombre de conditions formelles⁶²⁴. Ce faisant, un tel procédé garantirait l'existence d'une forme solennelle *a minima*.

347. Conclusion du Chapitre. Les libéralités à caractère collectif malmènent les règles de forme des libéralités ordinaires. Parmi elles, de nombreuses libéralités reposent sur des libéralités non solennelles parfaitement valables. Pour autant, le formalisme de substitution peine à jouer son rôle. L'attention du bienfaiteur est insuffisamment alertée. Aussi, est-il utile de prévoir des règles de forme particulières lorsque la libéralité est consentie par des personnes physiques. Au contraire, lorsqu'elle est réalisée par une personne morale, le formalisme *ad validitatem* ne se justifie plus. Pour ces libéralités, le recours à la donation ostensible sous seing privé doit être largement admis.

348. Conclusion du Titre. Les conditions de validité propres aux libéralités à caractère collectif sont peu nombreuses. Elles sont également d'une inégale importance. Celles tenant à la capacité de recevoir des groupements méritaient de très larges développements, tant en raison de leur diversité et complexité que des nombreuses incohérences dont elles font l'objet. D'importantes réformes paraissent nécessaires. En revanche, les conditions tenant au principe de spécialité appelaient peu de remarques particulières une fois le débat sur sa nature dépassé. La spécialité des personnes morales encadre tant leur libéralité de recevoir des libéralités que celles d'en réaliser. Enfin, il restait à envisager la question de la forme des libéralités à caractère collectif. Si dans la majorité des hypothèses, les règles relatives aux libéralités ordinaires peuvent s'appliquer, certaines des libéralités à caractère collectif doivent s'y soustraire.

Le régime des libéralités à caractère collectif n'est pas spécifique uniquement au stade de leur formation. Il l'est également du côté de leur exécution.

⁶²⁴C. com., art. R. 225-5.

TITRE II. L'EXÉCUTION

349. Présentation classique. Si les conditions de validité des libéralités à caractère collectif sont l'objet de vastes études en doctrine, les développements consacrés à leur exécution sont moins nombreux. Comme pour les conditions de validité, les auteurs examinent séparément les problèmes d'exécution des libéralités-participation de ceux attachés aux fondations. S'agissant des premières, seules les difficultés relatives aux charges les grevant sont étudiées. La majorité des auteurs envisagent alors deux questions. Dans la mesure où ces charges doivent parfois s'exécuter dans le temps, la doctrine rappelle les difficultés propres aux changements de circonstances, économiques comme juridiques, qui peuvent rendre leur exécution difficile⁶²⁵. L'action en révision des charges de droit commun permet de surmonter de telles difficultés. À côté de celle-ci, le législateur a prévu des actions spéciales dont l'analyse est proposée par une maigre partie de la doctrine⁶²⁶. Ensuite, la question des charges grevant les libéralités à caractère collectif conduit à s'interroger sur les sanctions de leur inexécution. Ce faisant, les auteurs se bornent à renvoyer aux développements consacrés à la révocation pour inexécution⁶²⁷, sauf à présenter quelques règles propres à la dissolution de certains groupements⁶²⁸. Quant aux fondations, elles poseraient des difficultés spécifiques. Il en va ainsi de l'épineuse question des titulaires de l'action en exécution forcée en présence de fondation avec recours à une personne morale préexistante⁶²⁹. Pour certains, il conviendrait alors de reconnaître aux tiers bénéficiaires de la fondation, nonobstant leur indétermination, de pouvoir agir en exécution forcée à l'encontre de la personne morale⁶³⁰.

350. Insuffisance de la présentation classique. Une telle présentation est doublement insuffisante. D'abord, certaines problématiques ne sont pas abordées par les auteurs. Ainsi, la protection de la réserve héréditaire interpelle en présence de libéralités à caractère collectif sans que la doctrine n'y accorde aucun développement. Ensuite, si les libéralités à caractère

⁶²⁵V. J. FLOUR et H. SOULEAU, *Droit civil : Les libéralités*, par H. SOULEAU, Paris : Armand Colin, 1982, coll. « U Série Droit privé », nos 363 et s., p. 238 et s. ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Droit civil : Les successions, les libéralités*, 4^e éd., Paris : Dalloz, 2014, coll. « Précis. Droit privé », n° 666, p. 590.

⁶²⁶V. J.-P. MARGUÉNAUD et B. DAUCHEZ, « Les libéralités à caractère collectif », in M. GRIMALDI (dir.), *Droit patrimonial de la famille*, 5^e éd., Paris : Dalloz, 2014, coll. « Dalloz Action », nos 381.51 et s., p. 1141 et s.

⁶²⁷V. F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *op. cit.*, n° 666, p. 590.

⁶²⁸V. M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 5, *Donations et testaments*, 2^e éd., par A. TRASBOT et Y. LOUSSOUARN, Paris : LGDJ, 1957, n° 898 et s., p. 1148 et s.

⁶²⁹V. M. PLANIOL et G. RIPERT, *op. cit.*, n° 914, p. 1168.

⁶³⁰V. J. FLOUR et H. SOULEAU, *op. cit.*, n° 370, p. 243 ; M. GRIMALDI, *Droit civil : Libéralités, partages d'ascendants*, Paris : Litec, 2000, n° 1696, P. 517.

collectif sont marquées par leur grande diversité, les difficultés d'exécution n'en sont pas moins communes. L'évolution des circonstances économiques peut bouleverser de la même manière les libéralités adressées à une personne morale et les actes de fondation. De même, les personnes appartenant au groupe auquel est destinée la libéralité à caractère collectif sont tout autant intéressées par son exécution en présence d'une libéralité-participation ou d'une fondation. La communauté de difficultés appelle une communauté de remèdes. Il est vrai qu'il existe des règles propres à certaines institutions. Les apports aux associations peuvent, ainsi, être l'objet de reprise en cas de dissolution du groupement, c'est-à-dire en cas d'inexécution de la charge d'affectation. La confrontation des règles applicables aux diverses libéralités à caractère collectif permet de faire émerger un régime cohérent et unitaire.

351. Une pluralité de difficultés. Pour ce faire, il convient de revenir aux deux traits caractéristiques des libéralités à caractère collectif : affectées⁶³¹ et intéressées⁶³². Il en découle du caractère affecté de la libéralité qu'une charge d'affectation pèse sur leur bénéficiaire. Lorsque la libéralité se dédouble d'une fiducie aux fins de libéralité, une charge de transmettre les biens au bénéficiaire final pèse également sur l'intermédiaire de transmission⁶³³. Dans bien des cas, la réalisation de telles charges commande une aliénation des biens en vue de leur utilisation au profit de certains projets ou de leur redistribution à un bénéficiaire final qui les consomme à son tour. Il en ressort qu'au jour de l'ouverture de la succession du bienfaiteur, les biens donnés se retrouvent rarement dans le patrimoine du bénéficiaire final ou de l'intermédiaire. L'obligation d'affectation attachée aux libéralités à caractère collectif paraît difficilement compatible avec la protection de la réserve héréditaire. L'action en réduction intentée contre une libéralité à caractère collectif réalisée entre vifs est source d'importantes difficultés.

Dans d'autres cas, les difficultés d'exécution sont inhérentes à l'affectation. La réalisation de celle-ci est alors impossible. Cette impossibilité peut apparaître dès l'origine. L'hypothèse concerne quasi exclusivement les libéralités à caractère collectif testamentaires, soit que l'affectation souhaitée par le testateur est floue, soit que le groupement chargé de la réaliser ne peut, ou ne veut, recevoir la libéralité. L'interprétation de la disposition vient alors au secours de l'affectation souhaitée par le testateur. Dans d'autres cas, l'impossibilité apparaît au cours de l'exécution de l'affectation. Cette hypothèse est commune à toutes les libéralités à

⁶³¹V. *supra*, n^{os} 167. et s.

⁶³²V. *supra*, n^{os} 181. et s.

⁶³³V. *supra*, n^{os} 217. et s.

caractère collectif. Il s'agit de la traditionnelle question de la révision des charges pour inexécution. L'adaptation de la disposition libérale apparaît donc être un remède efficace à l'impossibilité de l'affectation.

Enfin, il arrive que l'affectation ne soit pas respectée par le groupement bénéficiaire ou intermédiaire, ce qui pose la question de la sanction de l'inexécution des libéralités à caractère collectif. Si une action en révocation est évidemment ouverte, l'exécution forcée n'en est pas moins une sanction efficace et opportune pour respecter les volontés du disposant. Reste qu'une action indemnitaire peut être envisagée. L'étude des différentes sanctions de l'inexécution des libéralités à caractère collectif mettra en évidence leurs limites. Plusieurs propositions peuvent être soutenues dans le but de les rendre plus efficaces.

Finalement, l'exécution des libéralités à caractère collectif se heurte à trois séries de difficultés : la protection de la réserve héréditaire, l'impossibilité des affectations, et leur inexécution. Lors de cette étude, la seconde caractéristique des libéralités à caractère collectif devra être gardée à l'esprit : elles sont des libéralités intéressées. La poursuite d'un intérêt rejaillit en deux circonstances. D'abord, du côté de la protection de la réserve héréditaire, il paraît utile de prendre en compte l'avantage fiscal associé à la libéralité pour évaluer l'appauvrissement réel du patrimoine du disposant. Ensuite, en matière de révocation pour inexécution, la jurisprudence ne sanctionne que les manquements les plus graves, c'est-à-dire ceux portant sur une charge ayant été la cause impulsive et déterminante de la libéralité. La recherche de l'intérêt poursuivi par le disposant doit pouvoir guider les juges dans cette démarche.

352. Plan. Ainsi, les difficultés d'exécution des libéralités à caractère collectif sont de trois ordres : le respect de la réserve des héritiers (Chapitre I), l'adaptation des affectations impossibles (Chapitre II) et les sanctions de leur inexécution (Chapitre III).

Chapitre I. Le respect de la réserve des héritiers

353. Réserve héréditaire et libéralités à caractère collectif. En droit successoral français, la liberté du défunt de disposer à titre gratuit n'est pas absolue. La loi réserve, en effet, à certains héritiers *ab intestat* une quotité de la succession : la réserve héréditaire. Cette quotité est indisponible et s'oppose, ainsi, à la quotité disponible dont le *de cuius* est libre de disposer⁶³⁴. Lorsque le *de cuius* a disposé au-delà de la quotité disponible, les héritiers réservataires jouissent d'une action spéciale en vue de reconstituer la part qu'il leur revient : l'action en réduction. Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 23 juin 2006, la réserve profite aux descendants⁶³⁵ et, en leur absence, au conjoint survivant⁶³⁶. En ce qu'elle constitue une atteinte à la liberté de disposer du *de cuius*, la réserve héréditaire a toujours été critiquée⁶³⁷. Pourtant, le législateur français lui est toujours resté attaché. De prime abord, la question du respect de la réserve héréditaire ne paraît pas poser de difficultés particulières du côté des libéralités à caractère collectif. La liberté de disposer en faveur d'un intérêt collectif est limitée de la même manière que pour les libéralités de droit commun. Ainsi, aucun auteur ne s'attarde sur cette question lorsqu'il s'intéresse aux libéralités à caractère collectif. Cet apparent état des choses est en réalité trompeur ; la question revêt une dimension particulière en matière de libéralité à caractère collectif.

354. La place de la réserve héréditaire. L'opportunité de limiter la liberté de disposer en faveur de certains groupements d'intérêt général est depuis longtemps remise en cause. Les propositions de supprimer la réserve héréditaire ne manquent pas. À titre d'illustration, le 15 juin 2015, une proposition de loi a été déposée en ce sens à l'Assemblée nationale⁶³⁸. Selon celle-ci, le *de cuius* devrait pouvoir disposer librement de ses biens, acquis par la force de son travail, en faveur de certaines associations ou fondations reconnues d'utilité publique, selon une liste fixée par décret. Une telle proposition pose nécessairement la question de la place de la réserve héréditaire.

⁶³⁴V. C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français : d'après la méthode de Zachariæ*, t. 11, 5e éd., par E. BARTIN, Paris : Marchal et Godde, 1919, n° 677, p. 2.

⁶³⁵C. civ., art. 913.

⁶³⁶C. civ., art. 914-1.

⁶³⁷Sur ces critiques, V. M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 5, *Donations et testaments*, 2^e éd., par A. TRASBOT et Y. LOUSSOUARN, Paris : LGDJ, 1957, n° 23, p. 29 et s.

⁶³⁸V. Proposition de loi n° 2904, présentée par le député M. F. LEFEBVRE.

355. L'action en réduction, une menace. En outre, en ce que les libéralités constituent, pour de nombreux organismes, leur principale ressource, ils peuvent être régulièrement confrontés à une action en réduction. Lorsque la libéralité est réalisée entre vifs, l'action en réduction constitue une menace importante pour les bénéficiaires de libéralités à caractère collectif. Affectés aux différentes œuvres poursuivies par les différents groupements⁶³⁹, les biens vont généralement être aliénés et le produit de la vente consommé pour réaliser l'affectation stipulée. Ce faisant, au jour de l'ouverture de la succession, le bénéficiaire de la libéralité à caractère collectif pourrait bien connaître quelques difficultés pour régler l'indemnité de réduction. Ces difficultés sont accentuées par les modalités de réduction posées par le Code civil. Ainsi, le jeu de la subrogation réelle – en cas de remplacement de la somme d'argent ou des biens reçus par de nouveaux biens – ou la règle selon laquelle les libéralités non solennelles s'imputent au jour du décès – en ce qu'elles n'ont pas date certaine – viennent rendre délicates les opérations de liquidation d'une succession en présence de libéralités à caractère collectif. Le fait que certains mécanismes doivent être requalifiés en fiducies aux fins de libéralité complexifie encore un peu davantage ces opérations.

À l'inverse, d'autres règles sont de nature à amoindrir cette menace. En ce sens, la renonciation anticipée à l'action en réduction consacrée par la loi du 23 juin 2006 offre une voie intéressante aux praticiens pour sécuriser les libéralités à caractère collectif. Par ailleurs, il a été montré que certaines libéralités à caractère collectif étaient de véritables libéralités avantageuses en ce qu'elles conduisaient à un avantage fiscal important⁶⁴⁰. Réduisant considérablement l'appauvrissement réel du disposant, l'avantage fiscal doit être pris en compte dans les opérations d'évaluation de la libéralité, ce qui n'est pas sans poser des difficultés, il est vrai, au stade de la liquidation.

356. Plan. La question de la réserve héréditaire en présence de libéralités à caractère collectif invite à s'attarder tant sur sa place (Section I) que sur les difficultés qui y sont attachées (Section II).

⁶³⁹V. *supra*, nos 167. et s.

⁶⁴⁰V. *supra*, nos 190. et s.

Section I. La place de la réserve héréditaire

En droit français, le *de cuius* ne peut pas disposer de ses biens à titre gratuit au-delà d'une certaine limite : la quotité disponible ordinaire. Il en résulte qu'une partie du patrimoine de toute personne doit nécessairement revenir à certains de ses héritiers : les héritiers réservataires. Ils ne peuvent en être exhérités. Il s'agit des descendants en ligne directe quel que soit leur degré ainsi que, en leur absence, le conjoint survivant⁶⁴¹. L'atteinte à la réserve est sanctionnée par une action spécifique : la réduction des libéralités excessives. Instituée par la loi, la réserve héréditaire est distincte de la réserve dite administrative précédemment rencontrée⁶⁴².

Au regard de son importance, la réserve héréditaire est traditionnellement rattachée à l'ordre public successoral. Cependant, sa place pourrait être amenée à évoluer. Alors que des propositions de loi suggèrent sa suppression en présence de libéralités adressées à certains groupements, la place de la réserve en droit international privé est débattue.

La question de la place de la réserve revêt donc deux dimensions. Elle se pose d'abord dans l'ordre interne (§1), ensuite dans l'ordre international (§2).

§1. Dans l'ordre interne

357. Débats autour de la suppression de la réserve héréditaire. Régulièrement, le débat politique s'empare de la question de l'opportunité de la réserve héréditaire en présence de libéralités à caractère collectif. Sa suppression ou la diminution de sa quote-part sont présentées dans des propositions de loi déposées au Parlement comme une ultime faveur au développement du mécénat⁶⁴³. Ainsi, lors de l'examen de la loi relative aux fondations d'entreprise, un amendement parlementaire visait à introduire au sein du Code civil un nouvel article aux termes duquel un legs adressé à une fondation reconnue d'utilité publique pourrait excéder la quotité disponible à condition de ne pas diminuer la réserve héréditaire au-delà d'un certain seuil⁶⁴⁴. Adoptée au Sénat en première lecture, la disposition a été supprimée à l'Assemblée nationale⁶⁴⁵.

⁶⁴¹C. civ., art. 913 et 914-1.

⁶⁴²V. *supra*, n° 283.

⁶⁴³V. M. POMEY, *Traité des fondations d'utilité publique*, Paris : PUF, 1980, p. 259.

⁶⁴⁴V. Rapp. Sénat 1989-1990, n° 213, p. 34 ; JO Sénat CR 1990, n° 15, p. 593.

⁶⁴⁵V. JO AN CR 1990, n° 31, p. 1695.

Depuis, de nouvelles propositions ont été déposées en ce sens. Le sujet est récurrent. La dernière proposition remonte au 25 juin 2015⁶⁴⁶ : elle se borne à reprendre, peu ou prou, une précédente proposition de juillet 2011 selon laquelle il conviendrait de « libérer le disposant du carcan de la réserve héréditaire en lui offrant la possibilité de disposer librement de tous les biens qui n'ont d'autre origine que son talent et son travail, dès lors qu'il souhaite les céder à une institution philanthropique »⁶⁴⁷. La proposition du 25 juin 2015 est particulièrement complexe et curieuse. Elle modifie substantiellement le droit positif au-delà de la seule question des libéralités à caractère collectif. L'article 913 du Code civil serait modifié par l'ajout de cinq alinéas dans les termes suivants :

Cependant le disposant peut gratifier, par acte entre vifs, ou par testament, une fondation ou association reconnue d'utilité publique figurant sur une liste établie par décret pris en Conseil d'État par le garde des Sceaux. Cette liste est révisée tous les cinq ans dans les mêmes formes, sans que les règles de la présente section puissent lui être opposées, dès lors qu'il a disposé exclusivement de biens ne provenant pas de ses ascendants ou subrogés à ceux-là, lesquels sont qualifiés de biens réservés.

Pour ceux-ci, le disposant reste soumis aux règles de la présente section, sauf qu'il ne peut être disposé de la quotité disponible qu'en faveur d'un descendant.

Toutefois, en présence d'un conjoint survivant non divorcé, marié sous un régime de séparation de biens, celui-ci bénéficie d'un usufruit du quart des biens autres que ceux réservés.

Toutefois encore, tout descendant qui, à la mort de son auteur, se trouve, du fait des libéralités dérogatoires de celui-ci, à son corps défendant dans l'incapacité de mener une vie décente, peut saisir le tribunal de grande instance du lieu d'ouverture de la succession, afin qu'il fixe une rente, à la charge de ou des institutions bénéficiaires visées au troisième alinéa du présent article, lui permettant de vivre décemment en bon père de famille. Cette rente sera révisable en fonction de l'évolution de la situation du bénéficiaire.

⁶⁴⁶V. Proposition de loi n° 2904, présentée par le député M. F. LEFEBVRE.

⁶⁴⁷V. Proposition de loi n° 748 présentée par la sénatrice M^{me} M.-H. des ESGAULX. Il était proposé d'introduire trois nouveaux alinéas à l'article 913 du Code civil aux termes desquels : « cependant, le disposant peut gratifier, par acte entre vifs ou par testament, une institution philanthropique figurant sur une liste établie par décret pris en Conseil d'État par le garde des Sceaux, laquelle sera révisée tous les cinq ans dans les mêmes formes, sans que les règles de la présente section puissent lui être opposées, dès lors qu'il dispose exclusivement de biens ne provenant pas de ses ascendants ou subrogés à ceux-là, lesquels sont qualifiés de biens réservés. Pour ceux-ci, le disposant reste soumis aux règles de la présente section, sauf qu'il ne peut être disposé de la quotité disponible qu'en faveur d'un descendant [al. 3]. Toutefois, en présence d'un conjoint survivant non divorcé, marié sous un régime de séparation de biens, celui-ci bénéficie d'un usufruit du quart des biens autres que ceux réservés [al. 4]. Toutefois encore, tout descendant qui, à la mort de son auteur, se trouve, du fait des libéralités dérogatoires de celui-ci, à son corps défendant dans l'incapacité de mener une vie décente, peut saisir le Tribunal de grande instance du lieu d'ouverture de la succession, afin qu'il fixe une rente à la charge des institutions bénéficiaires visées au troisième alinéa du présent article, lui permettant de vivre décemment en bon père de famille. Cette rente est révisable en fonction de l'évolution de la situation du bénéficiaire [al. 5] ».

Si des libéralités au profit des fondations ou associations visées au troisième alinéa du présent article concernent une entreprise que le donateur contrôlait, celui-ci peut alors, par exception, assortir ses libéralités de charges concernant la gestion de cette entreprise, qui ne peuvent cependant excéder une période de dix ans.

358. Contours de la proposition de juin 2015. La proposition de 2015 substitue opportunément à la catégorie des institutions philanthropiques visée par la proposition de 2011, inexistante en droit positif, celle des fondations et associations reconnues d'utilité publique. Parmi ces groupements, seuls ceux désignés par décret en Conseil d'État devraient pouvoir profiter de ces dispositions. Une pleine liberté de disposer des biens acquis du fruit de son travail est reconnue. Sont donc soustraits à cette liberté les biens reçus des ascendants et ceux qui leur ont été subrogés. Désignés sous le vocable de « biens réservés », ils seraient soumis à la réserve de droit commun, à ceci près que la quotité disponible ne pourrait être disposée qu'en faveur d'un descendant. Finalement, lorsque le *de cuius* a eu recours à sa pleine liberté de disposer des biens issus de son travail au profit d'organismes reconnus d'utilité publique, il lui est interdit de disposer librement des biens réservés. Seuls les héritiers réservataires peuvent en bénéficier. Une telle proposition doit être rejetée. Outre qu'elle consacre, incidemment, une indisponibilité légale, que son application poserait des difficultés si le *de cuius* n'a que partiellement usé de sa liberté, elle porte atteinte au principe de l'irrévocabilité des donations⁶⁴⁸. En léguant l'ensemble des biens issus de son travail à l'un des organismes susvisés, le *de cuius* pourrait, en effet, remettre en cause la donation d'un bien réservé réalisée de son vivant au profit d'un tiers.

Par ailleurs, le conjoint survivant non divorcé et marié sous le régime de la séparation de biens se voit reconnaître un droit d'usufruit « du quart des biens autre que ceux réservés ». Ainsi, ces propositions élèvent le conjoint survivant séparé de biens au rang d'héritier réservataire en toute hypothèse, alors même qu'en droit positif ce dernier ne l'est qu'en l'absence de descendants⁶⁴⁹. La coordination d'une telle proposition avec le droit positif est délicate. D'après le Code civil, en présence de descendants, le conjoint survivant n'est pas réservataire ; il peut être exhéredé de ses droits par le *de cuius*. Le plus souvent cette exhéredation est tacite et résulte des libéralités réalisées par le *de cuius*. La vocation en pleine propriété du conjoint survivant – le quart des biens⁶⁵⁰ – est, en effet, intimement attachée à la quotité disponible ; la part du conjoint en pleine propriété ne peut pas porter atteinte à la

⁶⁴⁸Sur ce principe, V. *supra*, n° 137.

⁶⁴⁹C. civ., art. 914-1.

⁶⁵⁰C. civ., art. 757.

réserve héréditaire. Cependant, lorsque tous les descendants sont issus du couple, le conjoint survivant peut opter pour l'usufruit du tout⁶⁵¹. Ce faisant, la réserve héréditaire supporte l'usufruit du conjoint survivant. Dans ce cas, même en l'absence de quotité disponible, le conjoint survivant a toujours une vocation minimale en usufruit⁶⁵². Si la réserve héréditaire venait à disparaître en présence de libéralités à caractère collectif, la vocation du conjoint en usufruit ne serait plus assurée. D'où la proposition de conférer à ce dernier une vocation d'un quart des biens en usufruit. Pour autant, une telle proposition ne permet absolument pas d'arriver à des solutions identiques à celles de droit positif. D'abord, la vocation actuelle du conjoint survivant n'est reconnue qu'à une double condition : des enfants communs et l'absence d'exhérédation expresse. Si la proposition venait à ne pas reprendre ces conditions, le conjoint survivant serait traité plus favorablement en présence de libéralités à caractère collectif que de libéralités ordinaires. Là où le conjoint peut ne recevoir aucun bien en l'état du droit positif, la proposition lui confère une vocation minimale en usufruit en présence de libéralités à caractère collectif. Une telle différence de traitement constituerait, sans nul doute, une violation du principe d'égalité devant la loi⁶⁵³. Ensuite, la proposition ne protège qu'une catégorie de conjoint survivant : celui marié sous le régime de la séparation de biens. Ce faisant, cette proposition semble partir du postulat erroné que le conjoint séparé de biens se trouve dans une situation nécessairement plus difficile qu'un conjoint marié sous le régime de la communauté.

En outre, il est prévu que les descendants nécessaires pourront saisir le tribunal de grande instance pour se voir attribuer une rente afin de vivre « décevement ». Un tel procédé n'est pas sans rappeler la réserve administrative introduite par l'autorité de tutelle dans le cadre de son contrôle en matière d'acceptation des libéralités⁶⁵⁴.

Enfin, ce texte précise que « par exception », lorsqu'elle est adressée à l'un des groupements précités, la libéralité portant sur une entreprise peut être grevée de charges concernant la gestion de celle-ci étant entendu qu'elles devraient être limitées dans le temps. L'exposé des motifs est silencieux sur cette proposition dont le sens fait défaut et qui n'a rien à voir avec la question de la réserve héréditaire.

⁶⁵¹C. civ., art. 757.

⁶⁵²Allant des trois quarts en présence de trois enfants et plus à la moitié en cas d'enfant unique (C. civ., art. 913).

⁶⁵³Aucune différence de situation objective ne peut être caractérisée ; aucun motif d'intérêt général ne commande de moins bien traiter un conjoint en présence d'une libéralité ordinaire. Au contraire, si l'on sollicite l'intérêt général, il peut seulement justifier une différence de traitement visant à diminuer les droits du conjoint en présence d'une libéralité à caractère collectif.

⁶⁵⁴V. *supra*, n° 283.

359. Avenir de la réserve ? De telles propositions, nonobstant leurs importantes imperfections et l'insécurité juridique à laquelle elles pourraient conduire, remettent en cause la pertinence de la réserve héréditaire en matière de libéralités à caractère collectif. L'argument comparatif est inévitablement évoqué. Les pays anglo-saxons sont plus familiers des organismes d'intérêt général et des actes philanthropiques que la France. Or, dans ces derniers la liberté testamentaire est totale⁶⁵⁵. En raison de son caractère politique et non juridique, cette question ne peut être tranchée au sein de cette étude. Si la réserve héréditaire est d'ordre public successoral en droit interne⁶⁵⁶, le Parlement peut parfaitement y porter atteinte, sauf à considérer avec certains auteurs que la réserve serait protégée par le préambule de la Constitution de 1946⁶⁵⁷. Selon celui-ci « La Nation assure [...] à la famille les conditions nécessaires à leur développement. » Même à l'admettre, les propositions étudiées ne portent pas atteinte à ce principe puisqu'elles réservent l'hypothèse des héritiers nécessaires et confèrent à certains conjoints survivants une part de réserve nouvelle.

Finalement, à ce jour, le législateur n'a jamais été sensible à ces arguments. Il n'a porté atteinte à la réserve qu'une seule fois en matière de libéralités à caractère collectif. La loi du 23 juillet 1987 prévoyait, en effet, que l'action en réduction en matière de legs d'œuvres à l'État se résoudrait par une indemnité en valeur, là où, sous l'empire du droit antérieur, le principe était le règlement en nature⁶⁵⁸. Or, le partage en valeur constitue, en soi, une atteinte à la réserve héréditaire⁶⁵⁹.

Si l'opportunité de la réserve héréditaire retient l'attention dans l'ordre interne, elle pose également des questions dans l'ordre international.

§2. Dans l'ordre international

360. Réserve et ordre public successoral. La question de la place de la réserve dans l'ordre international se pose avec d'autant plus d'importance depuis l'entrée en vigueur du règlement européen du 4 juillet 2012 depuis le 17 août 2015. La succession est désormais

⁶⁵⁵On retrouve l'argument, notamment, dans l'exposé des motifs des propositions de loi précitées.

⁶⁵⁶V. P. CATALA, « La loi du 23 juin 2006 et les colonnes du temple », *Dr. famille* 2006, étude 43.

⁶⁵⁷V. F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Droit civil : Les successions, les libéralités*, 4^e éd., Paris : Dalloz, 2014, coll. « Précis. Droit privé », n° 9, p. 9.

⁶⁵⁸L. n° 87-571 du 23 juillet 1987, art. 23. *Adde* Rapp. AN 1986-1987, n° 836, p. 175.

⁶⁵⁹V. C. GRARE-DIDIER, « Le partage : retouche ou refonte ? », *Dr. et patr.* 2007, n° 157, p. 66. Comp. B. VAREILLE, « Nouveau rapport, nouvelle réduction », *D.* 2006, p. 2565 et s., n° 14.

soumise à une loi unique : celle du dernier domicile du défunt. Avant cette date, en effet, les héritiers étaient garantis de leur part de réserve au moins sur les immeubles situés en France dans la mesure où la loi française était applicable à la succession immobilière⁶⁶⁰. En outre, pendant longtemps, l'ancien droit de prélèvement, récemment abrogé par le Conseil constitutionnel⁶⁶¹, permettait aux héritiers français de prélever sur les biens situés en France les droits auxquels ils étaient privés en vertu de la loi étrangère. La question de la place de la réserve se posait avec moins de vigueur, encore que lesdits biens pouvaient être insuffisants pour reconstituer la part de réserve. Désormais, un héritier pourrait bien se voir privé de sa part de réserve en raison d'une succession internationale.

Reste à savoir si la réserve héréditaire est d'ordre public international, ce qui permettrait d'écarter la loi étrangère applicable à la succession qui ne la connaît pas, voire dont les taux seraient distincts. Si cette question n'a jamais été tranchée par la Cour de cassation⁶⁶², une juridiction du fond y a répondu par la négative. Dans l'affaire ayant conduit le Conseil constitutionnel à connaître de la constitutionnalité du droit de prélèvement, la loi successorale applicable était la loi californienne, laquelle ne reconnaît pas aux descendants de part de réserve. Les héritiers, ne pouvant exercer de prélèvement sur les biens situés en France, ont invoqué le caractère d'ordre public de la réserve héréditaire. Le Tribunal de grande instance de Paris les a déboutés de leur demande⁶⁶³. L'affaire est pendante devant la Cour d'appel de Paris.

Au lendemain de l'entrée en vigueur du règlement européen, la doctrine demeure, néanmoins, partagée. Certains auteurs estiment que la réserve héréditaire est d'ordre public familial et peut conduire à évincer la loi étrangère si celle-ci conduit à des résultats trop choquants⁶⁶⁴, encore qu'il est défendu que la différence des taux de réserve ne suffirait pas à écarter la loi étrangère⁶⁶⁵. En tout état de cause, il n'est pas certain que la Cour de Justice de l'Union européenne accepte qu'une loi applicable exhérédant les héritiers, réservataires en vertu de la loi française, soit écartée au profit de l'ordre public international⁶⁶⁶.

⁶⁶⁰Sur le fractionnement des règles en présence de plusieurs lois applicables à la succession, V. P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 11^e éd., Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso éd., 2014, coll. « Domat. Droit privé », n^{os} 860 et s., p. 603 et s.

⁶⁶¹V. C. const., 5 août 2011, QPC n^o 2011-159.

⁶⁶²V. P. MAYER et V. HEUZÉ, *op. cit.*, n^o 853, p. 600.

⁶⁶³TGI Paris, 10 juillet 2003, RG n^o 06/13502 ; *JCP N* 2014, 1352, n^o 8, obs. C. NOURISSAT. Dans le même sens, V. TGI Paris, 2 avril 2014, RG n^o 11/10915.

⁶⁶⁴V. M. GRIMALDI, « Brèves réflexions sur l'ordre public et la réserve héréditaire », *Defrénois* 2012, art. 40563 ; B. AUDIT et L. d'AVOUT, *Droit international privé*, 7^e éd., Paris : Economica, 2013, coll. « Corpus. Droit privé », n^o 1014, p. 904.

⁶⁶⁵V. D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. 2, *Partie spéciale*, 3^e éd., Paris : PUF, 2014, coll. « Thémis », n^o 854, p. 350. *Contra* M. GRIMALDI, art. précité.

⁶⁶⁶V. P. MAZER et V. HEUZÉ, *op. cit.*, n^o 881, p. 614.

361. Conclusion de la Section. Il n'est pas exclu que les débats internes autour de la place de la réserve héréditaire en matière de libéralités à caractère collectif rejouent sur la question de la place de celle-ci dans l'ordre international. Chaque atteinte portée à la réserve en droit interne est un argument en faveur de son exclusion dans l'ordre public international.

La question de la place de la réserve héréditaire est d'autant plus importante que l'action en réduction présente, sans nul doute, de nombreuses difficultés.

Section II. Les difficultés attachées à la réserve héréditaire

Le respect de la réserve héréditaire par le disposant constitue une limite imposée aux libéralités à caractère collectif à l'instar de toutes les libéralités. Pour autant, à la différence des libéralités ordinaires, l'action en réduction présente des difficultés particulières pour les bénéficiaires de libéralités à caractère collectif. Bien que sérieuses (§1), celles-ci doivent être relativisées (§2).

§1. Des difficultés sérieuses

Les hypothèses d'atteinte à la réserve héréditaire présentent quelques particularités en matière de libéralités à caractère collectif. Plus que pour toute autre libéralité, l'action en réduction constitue un véritable risque (A). Celui-ci est accentué par les incertitudes relatives aux modalités de réduction des libéralités à caractère collectif (B).

A. Le risque d'une action en réduction

362. Limites à la liberté de disposer à titre gratuit. La réserve vient limiter la possibilité de disposer à titre gratuit du bienfaiteur. Les actes à titre onéreux ne sont pas soumis à ces règles sauf si, sous couvert d'un acte à titre onéreux, l'opération est en réalité une donation déguisée⁶⁶⁷. Il en résulte que les assurances-vies, sauf rares exceptions⁶⁶⁸, et les apports aux associations ne sont pas pris en compte pour la détermination de la réserve héréditaire. Rien

⁶⁶⁷V. *supra*, n° 336.

⁶⁶⁸V. *supra*, n° 127.

ne le justifie. Du côté de l'assurance-vie, les critiques ont déjà été présentées⁶⁶⁹. Quant aux apports, en ce qu'ils constituent de véritables libéralités⁶⁷⁰, ils devraient en suivre le régime au regard des règles protectrices de la réserve héréditaire. L'ensemble de ces opérations doit être réintégré dans le calcul de la réserve héréditaire.

363. Un risque accru en présence de libéralités à caractère collectif. En cas d'atteinte à la réserve, l'action en réduction permet, comme son nom l'indique, de réduire les libéralités excessives. Lorsque la libéralité est réalisée pour cause de mort, une telle sanction n'est en réalité pas préjudiciable pour le bénéficiaire puisqu'il reçoit simplement moins que prévu. En revanche, en présence d'une libéralité entre vifs, le donataire doit indemniser la succession d'une indemnité correspondant à la valeur de l'atteinte⁶⁷¹. Si sous l'empire du Code civil, la réduction était réalisée en nature, la loi du 23 juin 2006 lui a opportunément substitué une réduction en valeur.

En pratique, une différence importante entre une libéralité adressée à une personne physique et celle au bénéfice d'une personne morale tend à émerger. Les biens transmis, leur valeur, ou les biens qui les remplacent sont supposés se retrouver dans le patrimoine de la personne physique à la date de l'ouverture de la succession. Gérant son patrimoine comme une personne raisonnable, la menace d'une action en réduction commande la vigilance. Au contraire, du côté des personnes morales, ces biens et leur valeur ne se retrouvent généralement pas dans leur patrimoine du fait de la charge d'affectation qui grève la libéralité reçue⁶⁷². Pour réaliser l'œuvre à laquelle ces biens sont destinés, il convient généralement de les vendre afin que leur produit soit directement employé – organisme opérateur – ou transmis à un bénéficiaire final – organisme redistributeur. Sauf à ce que le bien soit assorti d'une charge de ne pas disposer, expresse ou tacite⁶⁷³, le respect de l'affectation implique en général que le bien ne se retrouve pas dans le patrimoine de la personne morale au jour du décès du disposant et que le prix de sa vente soit dépensé. Débiteur d'une indemnité de réduction, le bénéficiaire d'une libéralité à caractère collectif se trouve démuné face à son paiement dans la mesure où le produit du bien a été consommé sans qu'aucun autre bien ne lui ait été subrogé. S'ils venaient à être insolvable, les héritiers réservataires pourraient même poursuivre la

⁶⁶⁹V. *ibidem*.

⁶⁷⁰V. *supra*, n° 142.

⁶⁷¹C. civ., art. 924.

⁶⁷²V. *supra*, n° 181.

⁶⁷³V. *supra*, nos 183. et s.

réduction des biens en nature à l'encontre des tiers acquéreurs sauf à ce qu'ils y aient renoncé⁶⁷⁴.

Ainsi, pour les praticiens, l'action en réduction est une véritable « épée de Damoclès »⁶⁷⁵. Dès lors, il n'est pas rare en pratique que les organismes bénéficiaires réalisent, avant d'accepter une libéralité, une simulation au jour de la donation pour savoir si à cette date la libéralité est ou non réductible⁶⁷⁶. Un tel procédé est nécessairement insuffisant puisque l'appréciation de l'atteinte à la réserve se fait au jour de l'ouverture de la succession et non à la date de la libéralité⁶⁷⁷.

Le risque de réduction se trouve accentué par les incertitudes qui entourent les modalités de réduction des libéralités à caractère collectif.

B. Les incertitudes relatives aux modalités de réduction des libéralités à caractère collectif

Afin de déterminer les modalités de réduction des donations lors des opérations de liquidation de la succession, il faut s'en remettre aux dispositions des articles 922 et suivants du Code civil. L'article 922 vient préciser la valeur de la libéralité à prendre en compte. Le montant de la libéralité pour la détermination de la réserve héréditaire ne correspond pas, en effet, à celui des biens au jour de la donation. Le montant ainsi déterminé va être utilisé pour toutes les opérations de liquidation : calcul de la réserve et de la quotité disponible ; rapport ; réduction⁶⁷⁸. Ensuite, l'article 923 du Code civil précise l'ordre de réduction des libéralités et réciproquement l'ordre d'imputation⁶⁷⁹. Si de telles règles peuvent paraître complexes lorsque la libéralité est adressée à une personne physique, elles le sont d'autant plus lorsque leur bénéficiaire est une personne morale. De telles difficultés atteignent leur paroxysme en présence de fiducies aux fins de libéralité, particulièrement quant à la détermination du débiteur de l'indemnité de réduction.

⁶⁷⁴C. civ., art. 924-4.

⁶⁷⁵V. I. COMBES, « La renonciation anticipée à l'action en réduction : une avancée pour les organismes philanthropiques », *JCP N* 2006, HS, p. 22 et s. Dans le même sens, V. L. CHARBONNEAUX et L. MAZEYRIÉ, « Un outil de mécénat à ne pas négliger : les libéralités de l'article 788 III du Code Général des Impôts », *JCP N* 2007, HS, p. 17 et s.

⁶⁷⁶V. I. COMBES, art. précité.

⁶⁷⁷C. civ., art. 922.

⁶⁷⁸Encore que ces indemnités seront réévaluées au moment du partage.

⁶⁷⁹Sur l'imputation, V. B. VAREILLE, « Réflexions sur l'imputation en droit des successions », *RTD civ.* 2009, p. 1 et s.

Trois séries de difficultés doivent donc être examinées : la première tient à la détermination de la valeur de la libéralité (1), la deuxième a trait à la date d'imputation de la libéralité (2), la troisième concerne le débiteur de l'indemnité de réduction (3).

1. *La détermination de la valeur de la libéralité*

Les libéralités à caractère collectif reposent sur deux grandes catégories juridiques : la libéralité avec charge et la fiducie aux fins de libéralité⁶⁸⁰. Chacune répond à des règles propres en matière de détermination de la valeur de la libéralité.

La détermination de la valeur de la libéralité varie selon que la libéralité est avec charge (a) ou qu'elle réalise une fiducie aux fins de libéralités (b).

a. *La valeur de la libéralité avec charge*

Pour déterminer la valeur de la libéralité avec charge, il convient de procéder en deux temps : calculer la valeur brute de la libéralité (i) pour lui retrancher les charges et dettes (ii).

i. Le calcul de la valeur brute de la libéralité

364. Des règles complexes inadaptées. Les règles de détermination de la valeur de la libéralité sont posées par l'article 922 du Code civil aux termes duquel :

La réduction se détermine en formant une masse de tous les biens existant au décès du donateur ou testateur.

Les biens dont il a été disposé par donation entre vifs sont fictivement réunis à cette masse, d'après leur état à l'époque de la donation et leur valeur à l'ouverture de la succession, après qu'en ont été déduites les dettes ou les charges les grevant. Si les biens ont été aliénés, il est tenu compte de leur valeur à l'époque de l'aliénation. S'il y a eu subrogation, il est tenu compte de la valeur des nouveaux biens au jour de l'ouverture de la succession, d'après leur état à l'époque de l'acquisition. Toutefois, si la dépréciation

⁶⁸⁰V. *supra*, nos 212. et s.

des nouveaux biens était, en raison de leur nature, inéluctable au jour de leur acquisition, il n'est pas tenu compte de la subrogation.

On calcule sur tous ces biens, eu égard à la qualité des héritiers qu'il laisse, quelle est la quotité dont le défunt a pu disposer.

Il résulte de ce texte que la valeur de la donation est déterminée au jour de l'ouverture de la succession selon l'état du bien au jour de la donation : les modifications du bien intervenues depuis la donation ne sont pas prises en compte. En d'autres termes, lorsque l'état du bien a évolué en raison du travail du donataire, entre la donation et le décès du disposant, les plus-values lui profitent. À l'inverse, les moins-values résultant de sa faute ne sauraient préjudicier la succession. Les différents organismes bénéficiaires d'une libéralité à caractère collectif doivent alors être extrêmement vigilants et diligents. Si le bien, objet de la libéralité, a été vendu, la valeur à prendre en compte dans les opérations de liquidation est celle de ce bien à l'époque de l'aliénation. De la même manière, lorsque la libéralité a pour objet une somme d'argent, le montant retenu est celui de ladite somme au jour de la donation selon le principe du nominalisme financier.

À ces règles, il existe un tempérament lorsque la somme donnée ou le produit de la vente du bien reçu a été employée dans l'acquisition de nouveaux biens. Le texte prévoit le jeu de la *subrogation réelle*, sauf « si la dépréciation des nouveaux biens était, en raison de leur nature, inéluctable au jour de leur acquisition ». Par ailleurs, si les biens n'ont été acquis que partiellement avec le produit de la libéralité reçue, la subrogation n'est que partielle⁶⁸¹.

365. Difficultés. En pratique, il arrive fréquemment qu'un groupement opérateur aliène les biens reçus et utilise le produit de la vente, non pas pour financer un projet, mais pour acquérir des biens meubles ou immeubles utiles aux activités poursuivies. Il en va de même de l'utilisation de la somme d'argent reçue. En théorie, chaque fois, la subrogation réelle devrait jouer, sauf dépréciation inéluctable de ces nouveaux biens⁶⁸². Reste que cette opération de remploi peut être difficile à mettre en jeu pour des raisons de preuve⁶⁸³ : la multiplication des libéralités adressées aux organismes sans but lucratif est un sérieux obstacle au jeu de la subrogation dans la mesure où l'opération de remploi est difficile à démontrer. En pratique, on voit mal le notaire, liquidant une succession, rechercher de quelle manière les biens ont été utilisés et si la subrogation réelle peut aboutir. Cet obstacle est heureux ; la solution posée par

⁶⁸¹Pour une illustration, V. Civ. 1^{re}, 4 juin 2007, n° 06-14.473, *Inédit*.

⁶⁸²Par exemple l'acquisition de matériel médical par une association de lutte contre une maladie.

⁶⁸³V. M. GRIMALDI, *Droit civil : Successions*, 6^e éd., Paris : Litec 2001, n° 733, p. 719.

le Code civil est particulièrement sévère pour les libéralités destinées aux personnes morales dans la mesure où l'affectation imposée par le disposant commande bien souvent l'acquisition de nouveaux biens à l'aide de ceux reçus. *De lege ferenda*, le jeu de la subrogation réelle pourrait être écarté chaque fois que la libéralité est adressée à une personne morale.

Une fois cette valeur déterminée, il est nécessaire de retrancher les charges et dettes de la libéralité.

ii. *La déduction des charges et dettes*

366. La déduction des charges. Pour apprécier la valeur de la libéralité dans la liquidation de la succession, il est tenu compte du *modus* grevant la libéralité⁶⁸⁴. L'article 922 du Code civil précise, en effet, que les biens donnés sont pris en compte après déduction des charges. Ainsi, il convient de prendre en compte l'émolument net, c'est-à-dire le montant de la libéralité à laquelle il faut retrancher la valeur de la charge⁶⁸⁵. Peu importe que la charge soit stipulée dans l'intérêt du disposant ou dans l'intérêt d'un tiers. Simplement dans cette deuxième situation, le montant de la charge est intégré dans la liquidation en ce qu'elle constitue une donation indirecte en faveur du tiers⁶⁸⁶. Il est alors préférable de considérer comme distinctes ces libéralités tout au long de l'opération de liquidation⁶⁸⁷. Partant, la seconde libéralité doit être appréhendée au jour où le droit du tiers est consolidé, c'est-à-dire au jour de son acceptation. Son ordre d'imputation peut donc être différent de la première libéralité⁶⁸⁸.

367. La déduction des dettes. Pour évaluer le montant de la libéralité, il n'est pas tenu compte de la charge lorsqu'elle est stipulée dans l'intérêt du gratifié. Ce faisant, la charge d'affectation est indifférente au stade des opérations de liquidation ; elle est supposée avoir enrichi son bénéficiaire. Cependant, l'article 922 du Code civil prévoit que la valeur de la

⁶⁸⁴Sur les difficultés d'évaluation de la charge, V. C. BRENNER, *J.-Cl. civil code*, art. 912 à 930-5, fasc. 20 : « Libéralités – Réserve héréditaire. Quotité disponible – Masse de calcul », n^{os} 66 et s.

⁶⁸⁵V. J. FLOUR et H. SOULEAU, *Droit civil : Les libéralités*, par H. SOULEAU, Paris : Armand Colin, 1982, coll. « U Série Droit privé », n^o 36, p. 20 ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, n^o 917, p. 243 ; M. GRIMALDI, *op. cit.*, n^o 735, p. 720 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *op. cit.*, n^o 1174, p. 1048.

⁶⁸⁶V. J. FLOUR et H. SOULEAU, *op. cit.*, n^o 145, p. 95 ; M. GRIMALDI, *Droit civil : Libéralités, partages d'ascendants*, Paris : Litec, 2000, n^o 1198, p. 136 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *op. cit.*, n^o 349, p. 325.

⁶⁸⁷V. M. GRIMALDI, *Droit civil : Successions*, *op. cit.*, n^o 735, p. 720 ; C. VERNIÈRES, *op. cit.*, n^{os} 521 et s., p. 421 et s.

⁶⁸⁸V. C. VERNIÈRES, *op. cit.*, n^o 527, p. 426.

libéralité est diminuée des dettes grevant les biens donnés. Dès lors, il convient de retrancher du montant de la libéralité les frais engendrés par la réalisation de la charge d'affectation. À cet égard, il convient de raisonner comme en matière des frais nés de la conservation du bien transmis. Il s'agit de la question des impenses nécessaires. Les auteurs estiment qu'ils ne diminuent l'émolument à prendre en compte que s'ils sont supérieurs aux fruits du bien⁶⁸⁹. Une même solution doit être retenue du côté des frais nés de la réalisation de la charge.

Des questions similaires se posent pour la détermination de la valeur de la fiducie-libéralité.

b. *La valeur de la fiducie aux fins de libéralité*

368. La détermination de la valeur de la fiducie-libéralité dans l'avant-projet de 1991.

Un certain nombre de libéralités à caractère collectif repose sur de véritables fiducies aux fins de libéralité que le groupement bénéficiaire reçoive la libéralité par l'entremise d'un tiers ou que celle-ci soit adressée directement à un groupement redistributeur chargé d'élire le bénéficiaire final et de lui transmettre le produit ou les revenus de la libéralité⁶⁹⁰. Une telle reconnaissance n'est pas sans incidence en matière de liquidation de la succession du disposant. Les fiducies aux fins de libéralité nommées étant prohibées par le Code civil, il n'existe pas de corps de règles relatif à la réduction des fiducies-libéralités innommées. Nul ne doute que le constituant d'une fiducie aux fins de libéralité reste soumis à la réserve héréditaire⁶⁹¹. Afin d'aborder cette question, il est naturel de se reporter à l'avant-projet de loi relatif à la fiducie du 1^{er} juillet 1991 qui prévoyait des dispositions particulières au rang desquelles des dispositions successorales⁶⁹².

⁶⁸⁹V. M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 694, p. 685 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *op. cit.*, n° 1074, p. 947 (en matière de rapport).

⁶⁹⁰V. *supra*, n°s 217. et s.

⁶⁹¹V. R. SAVATIER, « La fiducie en droit français », in *Travaux de la Semaine internationale de droit*, t. 5, *La fiducie en droit moderne*, Paris : Sirey, 1937, p. 57 et s., spéc. p. 67 ; J. DUFAUX, « Les opérations fiduciaires à des fins de libéralités », in C. WITZ (dir.), *Les opérations fiduciaires*, Colloques Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984, préf. B. OPPETIT, Paris : Feduci : LGDJ, 1985, coll. « FEDUCI », p. 113 et s., spéc. p. 126 ; F. BARRIÈRE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, préf. M. GRIMALDI, Paris : Litec, 2004, coll. « Bibliothèque de droit de l'entreprise », n° 449, p. 368 ; S. GODECHOT, *L'articulation du trust et du droit des successions*, préf. Y. LEQUETTE, Paris : Éd. Panthéon-Assas, 2004, coll. « Thèses », n° 323, p.320 ; C. VERNIÈRES, *Les libéralités à trois personnes*, thèse de doctorat en droit, Paris : Université de Paris II, 2012, n° 607, p. 502.

⁶⁹²V. M. GRIMALDI, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *Deffrénois* 1991, art. 35094, spéc., p. 922 et s. Son article 1100-2 disposait que « la fiducie ne peut porter atteinte aux droits des réservataires ».

À ce sujet, l'article 1100-4 de l'avant-projet de loi relatif à la fiducie distinguait selon que les biens ont été ou non transférés au bénéficiaire par le fiduciaire au jour de l'ouverture de la succession. Selon ce texte :

Pour l'application de l'article 922 du présent Code, il est tenu compte, après en avoir déduit les dettes, de la valeur et de l'état des biens fiduciaires au jour du décès du constituant s'ils n'ont pas été transférés aux bénéficiaires. Pour les biens transférés aux bénéficiaires, il est tenu compte de leur état au jour de ce transfert et de leur valeur au jour du décès du constituant. Si les biens ont été aliénés par les bénéficiaires, il est tenu compte de leur valeur à l'époque de l'aliénation et, s'il y a eu subrogation, de la valeur des nouveaux biens au jour du décès du constituant.

Ces règles n'ont d'intérêt qu'en présence d'une fiducie entre vifs. Si elle est réalisée pour cause de mort ou par voie testamentaire, la valeur et l'état des biens sont appréciés au jour du décès du constituant⁶⁹³. Si les biens n'avaient pas été transférés, le texte proposait donc de se placer au jour du décès du constituant tant pour apprécier leur état que leur valeur. Au contraire, le projet prévoyait que pour les biens transférés au bénéficiaire « il est tenu compte de leur état au jour de ce transfert et de leur valeur au jour du décès du constituant », voire du produit de leur aliénation ou de la subrogation réelle en découlant⁶⁹⁴.

369. Critiques. Ces règles ont été critiquées dans la mesure où les plus-values dues à la gestion du fiduciaire profiteraient alors à la succession et non au bénéficiaire⁶⁹⁵. Il a été proposé de prendre en compte l'état du bien au jour de la première transmission⁶⁹⁶. En matière de fiducies-libéralité à caractère collectif, une telle proposition doit être soutenue. La gestion des biens par l'intermédiaire doit évidemment profiter aux seuls bénéficiaires finaux et non à la succession. De la même manière, la moins-value fortuite ne doit préjudicier qu'à ces derniers. Il serait particulièrement curieux qu'en matière de souscription bénéficiant à un tiers, les moins-values dues à l'organisateur préjudicient aux héritiers des souscripteurs. En d'autres termes, *les biens transmis au titre de la fiducie-libéralité doivent être évalués selon leur valeur au jour du décès du fiduciaire et dans leur état au jour de sa constitution.*

⁶⁹³V. C. VERNIÈRES, *op. cit.*, n° 609, p. 503.

⁶⁹⁴Pour l'application de la subrogation réelle ou de la prise en compte de la valeur du bien aliéné, il n'y aurait pas lieu de distinguer selon que l'aliénation résulte du bénéficiaire ou du fiduciaire alors même que la disposition invite à une telle distinction (V. M. GRIMALDI, « La fiducie : réflexions (...) », art. précité, n° 63 ; C. VERNIÈRES, *op. cit.*, n° 609, p. 503).

⁶⁹⁵V. S. GODECHOT, *op. cit.*, n° 338, p. 323 ; C. VERNIÈRES, *op. cit.*, n° 609, p. 503.

⁶⁹⁶V. S. GODECHOT, *ibidem*. Comp. C. VERNIÈRES, *ibidem* (jugant cette solution parfois excessive tant que la désignation du bénéficiaire est révocable).

370. La déduction du passif fiduciaire. Par ailleurs, à l'instar des libéralités traditionnelles, l'article 1100-4 de l'avant-projet de 1991 tenait compte de la valeur des biens fiduciaires « après en avoir déduit les dettes »⁶⁹⁷. En d'autres termes, c'est « l'actif fiduciaire net qui donne lieu à réunion fictive »⁶⁹⁸. Il faut alors retrancher le passif né de la gestion fiduciaire qu'il s'agisse des frais occasionnés par l'obligation de gestion pesant sur le fiduciaire ou de la rémunération due⁶⁹⁹, le cas échéant⁷⁰⁰, à l'intermédiaire. À l'image du mandat à effet posthume, il convient de prélever, en priorité, cette rémunération sur les fruits du patrimoine transmis⁷⁰¹.

À côté des incertitudes entourant la détermination de la valeur de la libéralité à réduire, d'autres concernent la date de son imputation.

2. La date d'imputation de la libéralité

371. Rappel sur l'ordre d'imputation. Pour déterminer si les libéralités consenties par le *de cuius* portent ou non atteinte à la réserve héréditaire, il convient de procéder à leur imputation. Les libéralités à caractère collectif, en ce qu'elles sont adressées à des tiers à la succession, sont nécessairement imputées sur la part de quotité disponible. Quand celle-ci est épuisée et excédée alors l'atteinte est caractérisée et l'action en réduction ouverte. Pour autant, l'atteinte à la réserve héréditaire ne conduit pas nécessairement à la réduction des libéralités à caractère collectif. Aux termes de l'article 923 du Code civil :

Il n'y aura jamais lieu à réduire les donations entre vifs, qu'après avoir épuisé la valeur de tous les biens compris dans les dispositions testamentaires ; et lorsqu'il y aura lieu à cette réduction, elle se fera en commençant par la dernière donation, et ainsi de suite en remontant des dernières aux plus anciennes.

En d'autres termes, les libéralités les plus anciennes ne seront réduites que si la réduction des premières est insuffisante. Ainsi, les risques d'une réduction d'une libéralité à caractère collectif entre vifs peuvent paraître réduits.

⁶⁹⁷V. M. GRIMALDI, « La fiducie : réflexions [...] », art. précité, spéc. p. 922 et s.

⁶⁹⁸V. *ibidem*, n° 63.

⁶⁹⁹Pour un auteur, au contraire, faute de précision dans le contrat de fiducie, la rémunération est due par le constituant, à titre personnel, en qualité de cocontractant (V. C. WITZ *J.-Cl. civil code*, art. 2011 à 2030, fasc. 20 : « Fiducie – Effets et extinction », n° 5).

⁷⁰⁰Lorsqu'une rémunération aura été expressément prévue ou lorsque le disposant aura eu recours à un groupement redistributeur, pour lequel l'existence d'une présomption d'onérosité a été admise (V. *supra*, n° 227.).

⁷⁰¹Sur une telle possibilité, V. C. WITZ, *op. cit.*, n° 42. En matière de mandat à effet posthume, la règle est posée par l'article 812-2 du Code civil.

Il n'en est pourtant rien. Si le Code civil pose l'ordre de réduction des libéralités, il indique réciproquement l'ordre d'imputation : les donations par ordre chronologique, puis les legs concurremment. En d'autres termes, « la donation prend rang à sa date »⁷⁰². Faute de date connue, la donation s'impute alors après toutes les autres, juste avant les legs⁷⁰³. La preuve de la date constitue donc un enjeu important. L'hypothèse vise traditionnellement les libéralités non solennelles, c'est-à-dire la donation déguisée, la donation indirecte et les dons manuels⁷⁰⁴. Par ailleurs, dans la mesure où le Code civil n'a pas retenu la possibilité d'une fiducie-libéralité nommée, la date d'imputation des fiducies innommées aux fins de libéralité mérite une attention particulière.

Les incertitudes autour de l'imputation des libéralités à caractère collectif concernent, finalement, deux hypothèses : les libéralités non solennelles (a) et les fiducies aux fins de libéralité (b).

a. *L'imputation des libéralités non solennelles*

372. Libéralités non solennelles et formalité de l'enregistrement. Faute de respecter le formalisme notarié, les donations non solennelles n'ont pas date certaine⁷⁰⁵. S'agissant des donations indirectes et des donations déguisées, la preuve de leur date doit suivre les règles de l'article 1328 du Code civil, sauf à ce qu'elles aient été réalisées devant notaire. Ainsi, la date d'une donation déguisée cachée sous une vente immobilière ne pose guère de difficultés. De la même manière, certaines donations indirectes devraient être soumises au formalisme notarié en notre matière, par exemple les fondations entre vifs⁷⁰⁶. La preuve de leur date s'en trouverait facilitée.

Au contraire, lorsqu'elles sont réalisées sous seing privé, les libéralités non solennelles doivent respecter les exigences du texte susvisé⁷⁰⁷. Selon ses termes :

⁷⁰²V. M. GRIMALDI, *Droit civil : Successions, op. cit.*, n° 740, p. 724.

⁷⁰³V. *ibidem*. Adde F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Droit civil : Les successions, les libéralités*, 4^e éd., Paris : Dalloz, 2014, coll. « Précis. Droit privé », n° 1194, p. 1070.

⁷⁰⁴V. *supra*, n°s 335. et s.

⁷⁰⁵Pour une étude sur la certitude de la date, V. F. FAVENNEC-HÉRY, « La date certaine des actes sous seing privé », *RTD civ.* 1992, p. 1 et s.

⁷⁰⁶V. *supra*, n° 342.

⁷⁰⁷V. M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 5, *Donations et testaments*, 2^e éd., par A. TRASBOT et Y. LOUSSOUARN, Paris : LGDJ, 1957, n° 112, p. 132 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil : Les successions et les libéralités*, par P. RAYNAUD, Paris : Sirey, 1983, n° 449, p. 342 ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 4, *Successions, Libéralités*, 5^e éd. par L. LEVENEUR et S. MAZEAUD-LEVENEUR, Paris : Montchrestien, 1999, n° 937, p. 265 ; M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 740, p. 724 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *op. cit.*, n° 1194, p. 1070.

Les actes sous seing privé n'ont de date contre les tiers que du jour où ils ont été enregistrés, du jour de la mort de celui ou de l'un de ceux qui les ont souscrits, ou du jour où leur substance est constatée dans les actes dressés par des officiers publics.

Sauf à avoir été soumise à l'une de ces formalités, la donation prend date au jour du décès du disposant. Alors que l'enregistrement consiste en une formalité fiscale⁷⁰⁸, les actes dressés par des officiers publics renvoient à des hypothèses plus diverses tel un acte notarié ou encore un acte administratif⁷⁰⁹.

Quant aux dons manuels, la question est plus délicate. Certains auteurs estiment que le don manuel demeure soumis à la formalité de l'enregistrement⁷¹⁰. Une telle formalité est possible même en l'absence d'acte récongnitif puisque la Cour de cassation entend largement les prescriptions de ce texte. Après hésitations, elle a fini par admettre que la formalité de l'enregistrement pouvait permettre de dater un acte – *negotium* – pour lequel aucun écrit – *instrumentum* – n'a été établi⁷¹¹. En revanche, d'autres auteurs défendent la liberté de la preuve de la date⁷¹². Il s'agirait alors de prouver la date de la tradition réelle.

373. Faveur à la liberté de la preuve. Les règles posées par l'article 1328 du Code civil ont pour but de protéger les tiers, notamment contre l'apposition d'une fausse date⁷¹³. Appliquées aux libéralités, ces dispositions assurent aux autres donataires que la donation qu'ils ont reçue ne sera pas remise en cause par une donation postérieure. Partant, ces règles sont au service de l'irrévocabilité des donations : un donateur ne saurait remettre en question une précédente libéralité en antidatant par exemple un acte récongnitif.

Finalement, lorsque la preuve de la date peut être rapportée avec certitude, les raisons d'être de la règle cèdent et il convient d'en écarter l'application que l'on soit en présence d'un don

⁷⁰⁸V. H. ROLAND et L. BOYER, *Introduction au droit*, Paris : Litec, 2003, coll. « Traités », n° 1746, p. 600 ; F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, 10^e éd., 2015, Paris : Dalloz, coll. « Précis », n° 658, p. 527 ; D. GUÉVEL, *J.-Cl. civil code*, art. 1328, fasc. unique : « Contrats et obligations – Force probante de la date d'un acte sous seing(s) privé(s) – Date certaine », n° 51.

⁷⁰⁹V. F. TERRÉ, *ibidem*. En ce sens, V. Req., 9 mars 1904, D. 1904, 1, p. 207 (arrêté préfectoral).

⁷¹⁰V. M. PLANIOL et G. RIPERT, *ibidem* ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, n° 1469, p. 653 ; Ph. MALAURIE et C. BRENNER, *Les successions, Les libéralités*, 6^e éd., Issy-les-Moulineaux : Defrénois-Lextenso éd., 2015, coll. « Droit civil », n° 774, p. 417 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *ibidem*. Comp. P. VOIRIN et G. GOUBEAUX, *Droit civil*, t. 2, *Régimes matrimoniaux, successions libéralités*, 28^e éd., par P. VOIRIN, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso éd., 2014, coll. « Manuel », n° 692, p. 317 (limitant la nécessité de l'enregistrement à l'existence d'un acte récongnitif).

⁷¹¹Sur cette évolution, V. F. FAVENNEC-HÉRY, art. précité, n° 22.

⁷¹²V. G. PACILLY, *Le don manuel*, préf. H. LEMONNIER, Paris : Dalloz, 1936, n° 200, p. 515 ; J. FLOUR et H. SOULEAU, *Droit civil : Les libéralités*, par H. SOULEAU, Paris : Armand Colin, 1982, coll. « U Série Droit privé », n° 530, p. 359. Comp. F. FAVENNEC-HÉRY, art. précité, n° 22. Comp. *Droit civil : Les successions, les libéralités*, 2^e éd., Paris : Monschrestien-Lextenso éd., 2010, coll. « Domat. Droit privé », n° 556, p. 398.

⁷¹³V. J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, 22^e éd., Paris : PUF, 2000, coll. « Thémis. Droit privé », n° 98, p. 192 ; F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 658, p. 527 ; Ph. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, 15^e éd., Paris : LexisNexis, 2015, coll. « Manuels », n° 545, p. 484 ; D. GUÉVEL, *op. cit.*, n° 6.

manuel ou de donations déguisées ou indirectes⁷¹⁴. Ce faisant, les donations non solennelles ne doivent prendre date au jour du décès que lorsqu'il est impossible de prouver autrement la date du *negotium*⁷¹⁵. En matière de don manuel, l'imputation doit se faire à la date de la tradition, chaque fois qu'il est possible de déterminer celle-ci. Or, du fait de la dématérialisation de la tradition, il est aisé d'en définir la date et donc celle du don manuel⁷¹⁶.

Par ailleurs en cas de doute, *de lege ferenda*, la preuve de la date de la libéralité doit également pouvoir être déterminée à l'aide de l'avis d'imposition dressé par l'Administration fiscale. Celui-ci est établi sur la base des reçus fiscaux émis une fois par an par l'organisme bénéficiaire de la libéralité en vue de faire profiter le bienfaiteur des exonérations fiscales qui y sont attachées⁷¹⁷. Ainsi, les dons manuels ou certaines donations indirectes telles les renonciations des bénévoles au remboursement de leurs frais ou certaines donations innovantes⁷¹⁸ pourront prendre date, sans difficulté, au plus tard au 31 décembre de l'année en question.

À côté des difficultés propres aux libéralités non solennelles, l'admission de fiducies à caractère collectif pourrait être de nature à poser d'autres problèmes.

b. *L'imputation des fiducies aux fins de libéralité*

374. La réduction des fiducies-libéralités dans l'avant-projet de 1991. De prime abord, la question de l'ordre d'imputation des fiducies-libéralités n'a d'intérêt que pour celles réalisées entre vifs. Consenties pour cause de mort, elles prennent nécessairement date au jour du décès et doivent être imputées avec les legs⁷¹⁹. Ainsi, l'imputation d'une libéralité consentie par l'intermédiaire d'une assurance-vie ne saurait poser de difficultés⁷²⁰. S'agissant

⁷¹⁴Déjà en ce sens, un auteur relève que la proposition visant à défendre la liberté de la preuve des dons manuels, si elle venait à être admise, devrait être étendue à toutes les libéralités non solennelles (V. M. GRIMALDI, *op. cit.*, note n° 94, ss n° 740, p. 724).

⁷¹⁵Comp. CA Toulouse, 5 février 2013, RG n° 11/02364. En l'espèce, diverses donations avaient été réalisées : une donation-partage en 1972 ; une donation indirecte portant sur des fermages à partir de 1974 ; plusieurs dons manuels à compter de 1995. La Cour d'appel, plutôt que d'imputer concurremment les donations indirectes et dons manuels, impute d'abord les premières, puis les secondes.

⁷¹⁶Ce qui peut être discuté, en revanche, c'est l'existence même d'un don manuel.

⁷¹⁷V. *supra*, n°s 190. et s.

⁷¹⁸V. *supra*, n° 125.

⁷¹⁹V. C. VERNIÈRES, *op. cit.*, n° 610, p. 504.

⁷²⁰Dans le même sens, le 96^e Congrès des notaires de France proposait d'imputer l'assurance-vie au même niveau que les legs (V. *Defrénois* 2000, Act. p. 115). Au contraire des auteurs estiment qu'« en présence de primes périodiques, on considérera donc qu'il y a autant de donations que de versements, chacune ayant sa propre date » (V. J. BIGOT (dir.), *Traité de droit des assurances*, t. 4, *Les assurances de personnes*, préf. G. DURRY, Paris : LGDJ, 2007, n° 375, p. 347).

des fiducies-libéralités réalisées entre vifs, l'article 1100-5 de l'avant-projet du 1^{er} juillet 1991 retenait la solution suivante :

Pour l'application de l'article 923 du présent Code, il est tenu compte de la date du transfert pour les biens transférés aux bénéficiaires et de la date du décès du constituant pour les biens non encore transférés aux bénéficiaires.

En d'autres termes, le texte distinguait selon que les biens fiduciaires ont été ou non transférés aux bénéficiaires. Dans le premier cas, la libéralité devait être imputée à cette date. Dans le second, elle l'était à la mort du constituant. Une telle proposition a été, à juste titre, l'objet d'abondantes critiques⁷²¹. Pour les auteurs, la seconde transmission, réalisant la libéralité, doit être appréhendée à la date où elle devient irrévocable, c'est-à-dire au jour de l'acceptation par le bénéficiaire de la fiducie⁷²². Telle est déjà la solution retenue en matière de libéralité avec charge au profit d'un tiers. Retenir une date différente permettrait au fiduciaire de contourner la règle de l'irrévocabilité en procédant à d'autres libéralités afin de faire peser l'action en réduction sur le bénéficiaire de la fiducie⁷²³. Une telle situation ne saurait être admise.

375. Irrévocabilité des fiducies aux fins de libéralité. Alors qu'en matière de fiducie classique, le fiduciaire peut toujours faire évoluer sa fiducie tant que celle-ci n'a pas été acceptée par le bénéficiaire désigné, en matière de fiducie-libéralité à caractère collectif réalisée entre vifs, une telle possibilité n'est pas admise. *Le dénouement de l'opération est toujours certain dès la mise en place de l'opération ; le fiduciaire ne peut jamais revenir sur celle-ci : elle est irrévocable.* Lorsque la fiducie repose sur un groupement redistributeur⁷²⁴, sur une souscription publique au bénéfice d'un tiers⁷²⁵ ou encore sur une libéralité intermédiée⁷²⁶, la transmission est définitive. L'acceptation du bénéficiaire final n'a pas pour effet de rendre la libéralité irrévocable, mais simplement de la rendre efficace dans certaines hypothèses. Si le groupement redistributeur peut toujours désigner un autre bénéficiaire à la place du renonçant, en matière de souscription au bénéfice d'un tiers ou de libéralité intermédiée, la renonciation du bénéficiaire final doit conduire à la caducité de l'opération.

⁷²¹V. M. GRIMALDI, art. précité, n° 63 ; S. GODECHOT, *op. cit.*, n° 354, p. 337 ; C. VERNIÈRES, *op. cit.*, n° 610, p. 505.

⁷²²V. M. GRIMALDI, *ibidem* ; C. VERNIÈRES, *ibidem*.

⁷²³V. M. GRIMALDI, *ibidem*.

⁷²⁴V. *supra*, n° 225.

⁷²⁵V. *supra*, n° 222.

⁷²⁶V. *supra*, n° 219.

En conclusion, *la date de constitution de la fiducie aux fins de libéralités collectives doit être retenue dans l'ordre d'imputation*⁷²⁷.

La reconnaissance de la fiducie aux fins de libéralité conduit, enfin, à des difficultés pour déterminer le débiteur de l'indemnité de réduction.

3. La détermination du débiteur de l'indemnité de réduction

376. Débiteur de l'indemnité de réduction et fiducies aux fins de libéralité. Le débiteur de l'indemnité de réduction est toujours le bénéficiaire de la libéralité. En présence d'une libéralité avec charge au profit d'un tiers, il y a en réalité une double libéralité. Chacune d'entre elle est appréhendée distinctement et chacun des gratifiés est débiteur de l'indemnité de réduction correspondant à la part reçue. En matière de fiducie aux fins de libéralité, l'article 1100-6 de l'avant-projet de loi relatif à la fiducie prévoyait que « l'action en réduction est exercée, selon le cas, contre le fiduciaire et contre les bénéficiaires » sans autre précision. En réalité, la distinction inhérente à ce projet, selon que les biens ont été ou non transférés au bénéficiaire final, s'applique : si les biens ont été transférés au bénéficiaire, il est seul débiteur de l'indemnité de réduction ; si les biens n'ont pas encore été transférés, le fiduciaire doit être défendeur à une telle action⁷²⁸.

377. Difficultés en présence d'un organisme redistributeur. Une telle solution peut être retenue en matière de fiducie aux fins de libéralité à caractère collectif chaque fois que la libéralité est réalisée par l'entremise d'un tiers. En revanche, la situation est plus délicate lorsqu'elle repose sur un groupement redistributeur. Il est extrêmement difficile, en effet, de déterminer le bénéficiaire désigné par le groupement redistributeur. En outre, le bénéficiaire final n'a aucun moyen de se prémunir contre une telle action : il ne peut ni réaliser des simulations au jour de la donation, ni profiter d'une renonciation anticipée à l'action en réduction. En d'autres termes, le fiduciaire, lorsqu'il est un groupement redistributeur, doit toujours demeurer débiteur de l'indemnité de réduction. Reste que la justification en droit d'une telle exception n'est pas aisée, sauf à retenir avec un auteur que l'organisme

⁷²⁷S'intéressant à l'ordre d'imputation du *trust*, un auteur estime que lorsqu'il est irrévocable, le *trust* doit être imputé à la date de sa constitution (V. S. GODECHOT, *op. cit.*, n° 356, p. 338).

⁷²⁸Dans le même sens, V. S. GODECHOT, *op. cit.*, n° 370, p. 352.

intermédiaire est également gratifié par l'opération⁷²⁹. Peut-être serait-il possible d'admettre qu'un fiduciaire diligent, faute d'avoir obtenu une renonciation anticipée à l'action en réduction, soit tenu de se borner à redistribuer les seuls revenus du bien capitalisé du vivant du disposant. À défaut, le fiduciaire s'exposerait à voir engager sa responsabilité civile pour mauvaise gestion du patrimoine fiduciaire. Sa condamnation à des dommages et intérêts permettrait de faire peser sur lui le paiement effectif de l'indemnité de réduction.

Si l'action en réduction constitue en soi un risque pour les libéralités à caractère collectif, ce risque est accentué par l'incertitude entourant les règles de réduction de ces libéralités. En pratique, il n'est pas rare de réaliser des simulations à la date de la donation pour déterminer le risque d'atteinte à la réserve. Or, pour que les résultats soient efficaces, encore convient-il d'être certains des modalités de réduction de la libéralité.

Une telle menace doit, néanmoins, être relativisée.

§2. Des difficultés relatives

La menace d'une action en réduction ne doit pas être exagérée. De prime abord, de nombreuses libéralités à caractère collectif peuvent être considérées comme modiques ; elles échappent à ce titre à l'action en réduction⁷³⁰. En outre, le législateur a récemment créé un nouveau mécanisme de nature à exclure l'action pour atteinte à la réserve : la renonciation anticipée à l'action en réduction. Un tel mécanisme n'en est pas moins insuffisant. Dans cette lignée, d'autres règles pourraient être proposées comme la prise en compte de l'avantage fiscal attaché à certaines libéralités à caractère collectif. La spécificité de ces libéralités le commande. Dans la mesure où cette proposition permet de réduire la menace d'une action en réduction, elle est d'autant plus intéressante.

S'il existe des règles positives propres à diminuer la menace tenant à la renonciation anticipée à l'action en réduction (A) des règles prospectives, propres à diminuer celle-ci, peuvent être proposées, à savoir l'intégration de l'avantage fiscal (B).

⁷²⁹V. C. VERNIÈRES, *op. cit.*, n° 636, p. 528.

⁷³⁰Pour l'exclusion du régime des libéralités en présence de libéralités modiques, V. M. GRIMALDI, *Droit civil : Libéralités, partages d'ascendants*, Paris : Litec, 2000, n° 1018, p. 31.

A. Des règles positives propres à diminuer la menace : la renonciation anticipée à l'action en réduction

378. Une innovation peu utilisée. Innovation phare de la loi du 23 juin 2006, la *renonciation anticipée à l'action en réduction* s'avère être un remède efficace face au risque que représente une action en réduction. Les praticiens l'ont bien compris puisqu'ils estiment que cette technique permet de « sécuriser les libéralités faites à des organismes philanthropiques »⁷³¹. Elle est prévue aux articles 929 et suivants du Code civil. Pacte sur succession future par excellence, ces dispositions permettent à un héritier réservataire présomptif de renoncer à agir en réduction. Une telle renonciation doit être acceptée par le *de cuius* et avoir lieu sans contrepartie⁷³². Elle est consentie au profit de bénéficiaires déterminés, sans pour autant constituer à leur égard une libéralité⁷³³. Elle peut être générale ou simplement viser une fraction de la réserve héréditaire, voire un bien déterminé.

Une telle possibilité offre un remède efficace aux groupements bénéficiaires de libéralités à caractère collectif. Il permet, en outre, au disposant d'associer ses héritiers réservataires à son acte, faisant de la philanthropie un acte familial⁷³⁴. Pourtant, son utilisation en pratique est limitée⁷³⁵, notamment en raison de son lourd formalisme⁷³⁶. En outre, une telle renonciation n'est pas absolue puisqu'il est possible d'en demander la révocation si « Au jour de l'ouverture de la succession, [le renonçant] est dans un état de besoin qui disparaîtrait s'il n'avait pas renoncé à ses droits réservataires »⁷³⁷. Enfin, les difficultés de liquidation attachées à une telle renonciation ont été soulevées⁷³⁸.

Au-delà des règles de droit positif permettant de réduire la menace d'une action en réduction, certaines règles pourraient être consacrées dans cette direction.

⁷³¹V. I. COMBES, « La renonciation anticipée à l'action en réduction : une avancée pour les organismes philanthropiques », *JCP N* 2006, HS, p. 22 et s.

⁷³²Sur la nature d'une telle renonciation, V. F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *op. cit.*, n^{os} 1228 et s., p. 1094 et s. ; N. LEVILLAIN, « La renonciation anticipée à l'action en réduction », *JCP N* 2006, 1349 ; F. SAUVAGE, « La renonciation anticipée à l'action en réduction », *AJ fam.* 2006, p. 35 et s. ; C. FARGE, « Liquidation de la succession : Masse partageable en présence de libéralités : la réduction des libéralités », in M. GRIMALDI (dir.), *Droit patrimonial de la famille*, 5^e éd., Paris : Dalloz, 2014, coll. « Dalloz Action », n^o 264.153, p. 763.

⁷³³Pourtant, le renonçant doit avoir la capacité de consentir une libéralité entre vifs (C. civ., art. 930-1). À cet égard, une telle renonciation n'est pas soumise aux droits de mutation à titre gratuit (CGI, art. 756 bis).

⁷³⁴V. I. COMBES, art. précité.

⁷³⁵D'une part, et cela va de soi, il est nécessaire que les héritiers consentent à une telle renonciation. Or, rares sont ceux qui accepteront de se voir privés de leur réserve héréditaire. D'autre part, le disposant répugne souvent à associer ses héritiers à son acte de générosité (V. I. COMBES, art. précité).

⁷³⁶Par acte authentique spécifique reçu par deux notaires (C. civ., art. 930).

⁷³⁷C. civ., art. 930-3.

⁷³⁸V. B. VAREILLE, « Portée liquidative de la renonciation anticipée à l'action en réduction : attention, danger ! », *Defrénois* 2008, p. 159 et s.

B. Des règles prospectives propres à diminuer la menace : l'intégration de l'avantage fiscal

379. La prise en compte de l'avantage fiscal. Il découle des règles précédemment étudiées que pour déterminer la valeur de la libéralité, il doit être tenu compte de l'enrichissement réel du bénéficiaire et l'appauvrissement réel du disposant. Or, il a été montré qu'un certain nombre de libéralités à caractère collectif étaient des libéralités avantageuses en ce qu'elles conduisent à des avantages fiscaux⁷³⁹. Ces différents avantages viennent, incontestablement, diminuer l'appauvrissement économique du disposant : un donateur qui réalise un don manuel de cent euros et qui peut déduire de l'impôt sur le revenu soixante-six euros, ne s'est appauvri en réalité que de trente-quatre euros⁷⁴⁰. À ce stade, peu importe l'enrichissement du bénéficiaire ; ce qui compte, c'est la réalité de l'appauvrissement du disposant. Son patrimoine doit être reconstitué comme si l'acte gratuit n'avait jamais eu lieu.

Dès lors, il convient de diminuer le montant pris en compte à la mesure de la réduction fiscale tant au niveau de la reconstitution de la masse de calcul, que de l'imputation et de la réduction finale. Toute autre solution reviendrait, finalement, à comptabiliser deux fois les montants en jeu dans la masse de calcul de la réserve⁷⁴¹. En d'autres termes, la partie de la libéralité correspondant à l'économie d'impôt réalisé ne saurait être sujette à la réduction. Seule la part excédentaire doit en être l'objet⁷⁴².

380. Difficultés pratiques. Une telle proposition, même adaptée, n'est pas simple à mettre en place en pratique. Seul l'accès aux avis d'imposition du bienfaiteur permet de mesurer

⁷³⁹V. *supra*, nos 190, et s.

⁷⁴⁰Soit un contribuable ayant réalisé une donation entre vifs d'un immeuble d'un montant de 100 000 € adressée à une fondation abritante en vue de créer une fondation sous égide. Son patrimoine net est évalué à 5 000 000 € (après donation). Son ISF est donc de 35 690 € (CGI, art. 885 U). Le contribuable peut bénéficier d'une déduction de 75 % du montant de la libéralité, soit 75 000 €, dans la limite de 50 000 € (CGI, art. 885-0-V *bis*). L'impôt dû sera nul et le disposant ne s'est véritablement appauvri que de 64 310 € (100 000 € - 35 690 €). Pour une illustration en matière d'impôts sur le revenu, V. BOI-IR-RICI-250-30-20120912, n° 130.

⁷⁴¹Soit le précédent exemple étant entendu que le contribuable décède quelque temps après avoir réalisé la libéralité. Le *de cujus* laisse à l'ouverture de la succession un actif pour un montant de 5 000 000 €. Selon l'article 922 du Code civil, la masse de calcul de la réserve aboutit à l'opération suivante :

MC = 5 000 000 € (actif brut) - 0 € (passif - dette fiscale) + 100 000 € (réunion fictive - valeur supposée constante) = 5 100 000 €.

En l'absence de libéralité, l'établissement de la masse de calcul aurait conduit à l'opération suivante :
MC = 5 100 000 € (actif brut) - 36 940 € (passif - dette fiscale calculée sur le patrimoine tenant compte de l'immeuble) + 0 € (réunion fictive) = 5 063 060 €.

Or, la détermination de la réserve doit permettre de déterminer quelle aurait été l'étendue du patrimoine du défunt en l'absence de libéralité. Finalement, les héritiers réservataires vont profiter indirectement de la donation.

⁷⁴²Comp. L. CHARBONNEAUX et L. MAZEYRIÉ, « Un outil de mécénat à ne pas négliger : les libéralités de l'article 788 III du Code Général des Impôts », *JCP N* 2007, HS, p. 17 et s.

l'avantage fiscal, sauf à présumer, sous réserve de la preuve contraire, que le donataire a toujours profité de l'avantage fiscal maximal attaché à sa libéralité.

De surcroît, cette proposition doit être harmonisée avec les règles de droit positif. Il en résulte deux séries de difficultés. D'une part, l'évaluation de la valeur de la donation, sauf en cas de somme d'argent, a lieu au jour de l'ouverture de la succession, voire à la date de l'aliénation du bien⁷⁴³, tandis que l'avantage fiscal est conféré au jour de la donation. Une telle difficulté doit être relativisée. Les libéralités à caractère collectif entre vifs portent généralement sur des sommes d'argent. Dans la mesure où la subrogation réelle peine à jouer en pratique⁷⁴⁴, l'obstacle est surtout théorique. Même à la retenir, cette difficulté peut être dépassée. Deux voies sont envisageables. D'abord, il serait possible de retenir la valeur de l'avantage fiscal comme une dette de valeur afin de la retrancher à la valeur du bien au jour de l'ouverture de la succession. Ensuite, il serait concevable de raisonner comme en matière de subrogation réelle partielle. Cela reviendrait à réévaluer l'avantage fiscal au jour du décès⁷⁴⁵. Si cette seconde voie semble davantage conforme à l'esprit des textes soucieux de réévaluer l'ensemble des opérations à la date du décès, ses conséquences peuvent être lourdes et peu opportunes pour les héritiers réservataires. La première voie doit être préférée.

D'autre part, les règles de droit positif conduisent à ne retenir que l'enrichissement effectif du bénéficiaire : les dettes sont déduites du montant de la libéralité⁷⁴⁶. Deux méthodes de calcul sont alors envisageables. D'abord, il est possible de cumuler ces règles. Ce faisant, la valeur de la libéralité serait déterminée en retranchant le montant de l'avantage fiscal ainsi que le montant des frais. Une telle solution serait critiquable. Le but de l'intégration de l'avantage fiscal doit conduire à prendre en compte l'appauvrissement réel du bienfaiteur afin que l'action en réduction ne profite pas excessivement aux réservataires sans avantager les bénéficiaires au détriment des premiers. Ainsi, une seconde voie pourrait consister en un double maximum. Seule la plus importante des deux sommes serait retranchée. Une telle solution rappelle celle proposée en matière d'assurance-vie aux fins de capitalisation pour déterminer le montant de la donation indirecte. Il a été défendu que la plus faible des deux

⁷⁴³V. *supra*, n° 364.

⁷⁴⁴V. *supra*, n° 365.

⁷⁴⁵Soit un tableau d'une valeur de 1 000 € donné en 2000, l'avantage fiscal peut aller jusqu'à 660 € (CGI, art. 200). Ce tableau en vaudrait 1 500 € au jour du décès. L'avantage fiscal retenu est de 990 €.

⁷⁴⁶V. *supra*, n° 367.

sommes entre les primes versées et le capital reçu dût être retenue⁷⁴⁷. Cette seconde voie doit être préférée.

Finalement, l'intégration de l'avantage fiscal dans le calcul des opérations de réduction permettrait de réduire considérablement le risque que fait peser l'action en réduction sur les bénéficiaires d'une libéralité à caractère collectif. En outre, une telle proposition est conforme à l'esprit des règles gouvernant la protection de la réserve héréditaire.

381. Conclusion de la Section. Les libéralités à caractère collectif, à l'instar de toutes les libéralités, peuvent être réduites en cas d'atteinte à la réserve héréditaire. Lorsqu'elles sont réalisées entre vifs, l'action en réduction fait peser un véritable risque sur les groupements qui peuvent rarement compter sur la présence du bien reçu dans leur patrimoine au jour du décès du disposant pour payer l'indemnité de réduction. L'étude des modalités de réduction a fait émerger un certain nombre de difficultés propres aux libéralités à caractère collectif. Certaines pourraient être rapidement résolues si l'on voulait bien écarter le jeu de la subrogation réelle, reconnaître que l'avis d'imposition peut faire la preuve de la date de la libéralité et intégrer l'avantage fiscal pour la détermination de la valeur de l'émolument à réduire. D'autres difficultés ne sont pas inhérentes aux libéralités à caractère collectif, mais pourraient être la conséquence de la requalification de certaines d'entre elles en fiducie aux fins de libéralité. Les règles traditionnelles doivent alors être aménagées. La fiducie entre vifs doit s'imputer au jour de sa constitution et l'état du bien retenu doit être celui de la première transmission. Par ailleurs, réalisée avec le concours d'un organisme redistributeur, la fiducie-libéralité pose la question du débiteur de l'indemnité de réduction. Le fiduciaire devrait en être tenu.

Finalement, face à un tel risque, né d'un aléa tenant à la composition du patrimoine du disposant à la date de son décès, le recours à l'assurance pourrait être le seul remède véritablement efficace. Les primes d'assurance viendraient alors augmenter les dettes pesant sur les biens transmis, ce qui diminuerait d'autant la part de la libéralité affectée à l'œuvre.

⁷⁴⁷Un auteur relève d'anciens arrêts qui, en matière de rapport, retiennent cette solution (V. R. CASSIN, *Droit civil approfondi et comparé : les libéralités avec charge et les fondations*, Paris : les Cours de droit, 1939, p. 142). Dans le même sens, V. J. BIGOT (dir.), *Traité de droit des assurances*, t. 4, *Les assurances de personnes*, préf. G. DURRY, Paris : LGDJ, 2007, n° 289, p. 244.

382. Conclusion du Chapitre. De cette étude il résulte que l'action en réduction n'a pas été pensée pour des libéralités adressées à des personnes morales. À la différence des personnes physiques qui doivent conserver les biens, tout en pouvant les remplacer, les personnes morales doivent généralement les consommer afin de respecter l'affectation stipulée. Ainsi, les règles de réduction des libéralités à caractère collectif doivent faire l'objet de très nombreuses adaptations visant à mettre en balance les intérêts des héritiers réservataires avec ceux des bénéficiaires de ces libéralités. La reconnaissance de la fiducie aux fins de libéralité est un facteur supplémentaire de complication. Les propositions retenues sont souvent délicates à mettre en œuvre ; elles ne permettent pas toutes d'arriver à un résultat satisfaisant. Cependant, ces aménagements sont préférables à une suppression pure et simple de la réserve héréditaire en présence de libéralité à caractère collectif.

Ainsi, il est indéniable que le respect de la réserve des héritiers entraîne des difficultés au stade de l'exécution des libéralités à caractère collectif. D'autres sont relatives aux affectations stipulées par le disposant. Dans bien des hypothèses, les affectations sont impossibles et doivent être adaptées.

Chapitre II. L'adaptation des affectations impossibles

383. De l'impossibilité originaire à l'impossibilité survenue. L'affectation est au cœur des libéralités à caractère collectif. Afin de réaliser une certaine œuvre, le bienfaiteur affecte, soit expressément, soit implicitement, les biens qu'il transmet, à une cause déterminée. Pour ce faire, il se borne dans bien des cas à répondre à une sollicitation du groupement à travers un appel public à la générosité. Plus souvent encore, le disposant désigne, pour recevoir ses biens, la personne qu'il juge la plus à même de réaliser ses volontés. Il s'agit évidemment de la seule voie possible lorsque le bienfaiteur dispose pour cause de mort. Reste que la désignation de la personne chargée de recevoir la libéralité est trop souvent maladroite. Généralement obscure, souvent irrégulière, parfois caduque, la désignation pourrait bien empêcher l'exécution de la libéralité à caractère collectif. La réalisation de l'affectation souhaitée est alors impossible dès l'origine. Dans un tel cas, le juge a recours à l'interprétation pour sauver ces libéralités. Si la question de l'interprétation des libéralités n'est pas propre aux libéralités à caractère collectif, il semble que les décisions les plus intéressantes et les plus audacieuses ont été rendues de leur côté. Si les résultats obtenus sont classiques pour l'interprétation de la désignation imparfaite, ils sont particulièrement originaux à l'égard des désignations irrégulières et caduques. Chaque fois, le juge substitue au légataire inexistant, incapable, inapte ou renonçant, une personne à même de réaliser l'œuvre souhaitée. Les juges découvrent alors dans le testament une substitution vulgaire. Lorsque la personne choisie en second rang se trouve être l'héritier du *de cuius*, l'acte peut encore être interprété comme exhérédant celui-ci de sa vocation libre en cas d'inexécution de la charge.

Parfois, l'affectation ne pose aucune difficulté à l'origine, mais son respect par le disposant est mis en péril à la suite d'un changement de circonstances : l'exécution devient impossible. Différents régimes de révision des charges ont été mis en place par une loi du 4 juillet 1984⁷⁴⁸. Là encore, la question n'est pas propre aux personnes morales. Pourtant, elle prend une coloration particulière à leur égard. D'abord, la proposition de loi reconnaissant la possibilité d'une révision judiciaire des charges était initialement conçue pour les seules personnes morales de droit privé. Ensuite, le législateur a finalement créé un régime spécial de révision administrative pour certaines personnes morales de droit public. Enfin, et surtout, les

⁷⁴⁸L. n° 84-562 du 4 juillet 1984.

libéralités à caractère collectif sont fréquemment grevées de charges à exécution successive. L'acte de fondation en constitue la plus importante illustration. Au-delà des apparences, l'intervention du législateur en la matière n'a pas mis un terme à toute difficulté. Au contraire, l'articulation des deux régimes instaurés n'est pas aisée. En outre, la question de savoir si une révision amiable des charges est possible n'est pas réglée. Il est nécessaire de revenir sur l'ensemble de ces questions.

384. Plan. Les difficultés d'exécution tenant à l'impossibilité de réaliser l'affectation renvoient à deux hypothèses, lesquelles donnent lieu à des réponses distinctes : l'interprétation pour les affectations impossibles dès l'origine d'une part (Section I) ; la révision pour les affectations impossibles du fait d'un changement de circonstances d'autre part (Section II).

Section I. L'interprétation des affectations impossibles dès l'origine

385. Interprétation et désignation du bénéficiaire. Dans de nombreux cas, l'exécution des libéralités à caractère collectif est rendue délicate du fait même de la désignation du bénéficiaire. Parfois la *désignation est obscure* et empêche de déterminer avec certitude le bénéficiaire de la libéralité. En principe, la libéralité devrait être nulle pour indétermination du bénéficiaire⁷⁴⁹. Pour autant, il n'est pas rare que le juge interprète l'acte afin de « réduire à des limites raisonnables la portée de cette nullité »⁷⁵⁰. Ces difficultés atteignent leur paroxysme en matière testamentaire.

Il arrive également que le bénéficiaire, bien que clairement désigné, ne puisse pas recevoir la libéralité du fait de son incapacité, son inaptitude à respecter les charges, voire son inexistence. Dans ce cas, la *désignation du bénéficiaire est irrégulière* et la libéralité devrait

⁷⁴⁹V. *supra*, n° 214.

⁷⁵⁰V. A. PONSARD, « Sur quelques difficultés relatives à l'interprétation des testaments : le rôle du juge dans la détermination du légataire ou du bénéficiaire de la charge », *JCP* 1957, I 1385, n° 10.

être nulle comme faite à une personne incapable⁷⁵¹, à une personne future⁷⁵², ou comme grevée d'une charge illicite ou impossible⁷⁵³.

Enfin, dans certaines hypothèses, la désignation est parfaitement valable, mais le légataire refuse le bénéfice du legs ; alors la *désignation est caduque*⁷⁵⁴.

Afin de limiter ces risques, le *de cuius* serait bien avisé de désigner un bénéficiaire de second rang en cas d'impossibilité du premier de recevoir la libéralité. Il s'agit de la technique de la *substitution vulgaire*, ou du legs conditionnel⁷⁵⁵, dont la validité ne fait aucun doute⁷⁵⁶. Reste que le testateur est rarement prévoyant et qu'il existe un risque que le testament ne soit pas exécuté. C'est ainsi que, de manière fort originale, la Cour de cassation a admis que les juges du fond aient recours à l'interprétation pour désigner un bénéficiaire de second rang en se fondant sur les dernières volontés du testateur. Sous couvert d'interprétation, les juges refont le testament avec l'aval de la Cour de cassation. Ce faisant, la Haute juridiction autorise la dénaturation des termes pourtant clairs et précis du testament⁷⁵⁷. Cette tendance est ancienne. Une telle bienveillance envers les libéralités à caractère collectif contrebalance alors la méfiance traditionnelle dont font l'objet les règles de capacité juridique⁷⁵⁸. Elle participe plus généralement d'un mouvement de faveur envers le testament : *favor testamenti*⁷⁵⁹. Les auteurs n'ont pas manqué de critiquer cette interprétation divinatoire du testament⁷⁶⁰ au point que celle-ci serait même devenue « une boîte à surprise »⁷⁶¹.

Chaque fois, donc, l'interprétation vient au secours d'une désignation impossible, qu'elle soit obscure (§1), irrégulière ou caduque (§2).

⁷⁵¹V. M. GRIMALDI, *Droit civil : Libéralités, partages d'ascendants*, Paris : Litec, 2000, n° 1680, p. 504 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Droit civil : Les successions, les libéralités*, 4^e éd., Paris : Dalloz, 2014, coll. « Précis. Droit privé », n° 662, p. 588. *Adde.* L. 1^{er} juillet 1901, art. 17, al. 1^{er}.

⁷⁵²V. *supra*, n° 94.

⁷⁵³V. *supra*, n° 320.

⁷⁵⁴C. civ., art. 1043.

⁷⁵⁵V. R. SAVATIER, note ss CA Paris, 1^{er} juillet 1926 et T. civil de la Seine, 1^{er} février 1927, *D.* 1928, 2, p. 12

⁷⁵⁶C. civ., art. 898.

⁷⁵⁷Dans le même sens, V. C. BAHUREL, *La volonté des morts : vouloir pour le temps où l'on ne sera plus*, préf. M. GRIMALDI, Paris : LGDJ-Lextenso. éd., 2014, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 557, n° 123, p. 89. Sur la notion de dénaturation, V. G. MARTY, « Rôle du juge dans l'interprétation des contrats », in *Études sur le rôle du juge*, Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, t. 5, Paris : Dalloz, 1950, p. 85 et s., spéc. p. 96 ; J. VOULET, « Le grief de dénaturation devant la Cour de cassation », *JCP G* 1971, I 2410 ; J. BORÉ, « Un centenaire : le contrôle par la Cour de cassation de la dénaturation des actes », *RTD civ.* 1972, p. 249 et s. Comp. J. CARBONNIER, *Droit civil*, vol. 2, *Les biens, les obligations*, Paris : PUF, 2004, coll. « Quadrige. Manuel », n° 147, p. 285.

⁷⁵⁸V. *supra*, nos 294. et s.

⁷⁵⁹V. C. BAHUREL, *op. cit.*, n° 113, p. 84.

⁷⁶⁰V. M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1487, p. 381.

⁷⁶¹V. J. FLOUR et H. SOULEAU, *Droit civil : Les libéralités*, par H. SOULEAU, Paris : Armand Colin, 1982, coll. « U Série Droit privé », n° 212, p. 140.

§1. L'interprétation de la désignation obscure

L'interprétation de la désignation « imparfaite »⁷⁶² peut être aussi bien judiciaire (A) qu'amicable (B).

A. L'interprétation judiciaire

386. Des hypothèses diverses. Bien qu'un auteur estime que « l'interprétation du testament donne lieu à un contentieux aussi divers qu'abondant »⁷⁶³, en matière de libéralités à caractère collectif, les différends sont principalement concentrés autour des désignations du groupement opérateur ou de l'organisme relais appelé à recueillir les biens contenus dans le legs⁷⁶⁴. Si la nullité du legs n'est pas retenue sur le terrain de l'indétermination du légataire, c'est que ces désignations sont susceptibles d'interprétation⁷⁶⁵. Finalement, l'incertitude autour de la personne désignée renvoie à quatre situations différentes. Chaque fois, *il en résultera un conflit entre personnes morales*⁷⁶⁶ ; chacune se prétendant bénéficiaire de la libéralité.

La première hypothèse vise celle dans laquelle plusieurs groupements portent la même appellation et se distinguent entre eux par leur seule domiciliation sociale⁷⁶⁷. Ainsi, les différends sont récurrents lorsque le testateur désigne une association protectrice des animaux comme légataire : les « SPA » sont nombreuses et beaucoup jouissent de la grande personnalité juridique. Faute d'avoir précisé le siège de l'organisme gratifié, des contestations peuvent s'élever.

Dans le deuxième cas, il n'existe aucun groupement portant exactement la dénomination utilisée par le disposant. Le bienfaiteur a mal désigné le groupement bénéficiaire⁷⁶⁸. Ainsi, les juges ont pu avoir à connaître d'une succession dans laquelle le *de cujus* avait désigné l'association Sansouire à la place de la Fondation Sansouire⁷⁶⁹.

⁷⁶²V. A. PONSARD, art. précité, n° 9.

⁷⁶³V. M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1486, p. 377.

⁷⁶⁴Pour quelques exemples issus de la jurisprudence des juges du fond, V. M. DUVAL, « Testaments et ambiguïtés sur la personne du légataire », *JCP N* 2007, HS, p. 29 et s.

⁷⁶⁵V. M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1119, p. 103. Pour l'auteur, « l'indétermination n'est caractérisée que si l'incertitude sur l'identité du gratifié ne peut être dissipée par voie d'interprétation ».

⁷⁶⁶V. C. VERNIÈRES, *Les libéralités à trois personnes*, thèse de doctorat en droit, Paris : Université de Paris II, 2012., n° 630, p. 523.

⁷⁶⁷Pour une illustration, V. A. PONSARD, art. précité, n° 21.

⁷⁶⁸Pour une illustration, V. Civ. 1^{re}, 18 février 1986, n° 84-15.593, *Bull. civ.* I, n° 28. *Adde* V. D. GUÉVEL, *Droit des successions et des libéralités*, 3^e éd., Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso éd., 2014, coll. « Systèmes », n° 262, p. 122.

⁷⁶⁹V. Civ. 1^{re}, 8 décembre 1998, n° 96-19.645, *Bull. civ.* I, n° 353 ; *RTD civ.* 2000, p. 146, obs. J. PATARIN.

Dans la troisième situation, le testateur n'a pas directement désigné un bénéficiaire, mais le testament contient des éléments d'identification de la personne du légataire sans que ces derniers soient suffisants pour que l'organisme soit déterminable⁷⁷⁰. Par exemple, le testateur dispose en faveur de la lutte contre une maladie ou la protection de l'environnement. La majorité du contentieux se cristallise désormais autour des organismes de lutte contre le cancer⁷⁷¹.

Enfin, il arrive que le testament contienne une désignation précise d'un organisme bénéficiaire, mais qu'en réalité le disposant ait souhaité disposer en faveur d'un autre. L'interprétation vient alors corriger une erreur dans la désignation du bénéficiaire⁷⁷². À titre d'exemple, il arrive souvent que la désignation par le *de cuius* d'une société protectrice des animaux comme légataire soit contestée par d'autres associations de défense des animaux, qui prétendent que la volonté réelle du *de cuius* était de les gratifier⁷⁷³.

387. L'interprétation assise sur des éléments intrinsèques et extrinsèques. Quant à la méthode d'interprétation à proprement parler, la volonté du testateur doit être recherchée. Le juge s'attache à la découvrir dans les éléments intrinsèques au testament ainsi que, le cas échéant, dans des éléments extrinsèques corroborant les premiers⁷⁷⁴. Ainsi en matière de libéralités à caractère collectif, la jurisprudence n'hésite pas à s'attacher précisément à la lettre de la disposition, allant jusqu'à conduire une analyse grammaticale et sémantique des termes⁷⁷⁵. Les solutions retenues sont parfois surprenantes. À cet égard, le Tribunal de grande

⁷⁷⁰Pour une illustration, V. A. PONSARD, art. précité, n° 22 ; Ph. MALAURIE et C. BRENNER, *Les successions, Les libéralités*, 6^e éd., Issy-les-Moulineaux : Defrénois-Lextenso éd., 2015, coll. « Droit civil », note n° 125, ss n° 536, p. 278. Pour d'autres illustrations de solutions plus récentes, V. M. DUVAL, art. précité. Parmi les exemples que l'auteur présente, l'hypothèse d'un legs adressé à la « recherche sur le cancer » sera retenue. Le juge devait alors déterminer quel(s) organisme(s) devait(en)t être désigné(s) comme bénéficiaire(s) (V. CA Nancy, 15 janvier 1997, *Dr. famille* 1998, comm. 91).

⁷⁷¹La jurisprudence des juges du fond est abondante, V. TGI Paris, 4 juin 1997 et 11 juin 1997, *Dr. famille* 1999, comm. 57 ; TGI Paris, 4 mars 1998, *Dr. famille* 1999, comm. 90 ; TGI Paris, 28 janvier 1998, *Dr. famille* 1998, comm. 142 ; CA Rouen, 22 février 1995, *JCP G* 1996, IV 401 ; CA Bordeaux, 14 janvier 1992, *JCP G* 1993, IV 193 ; CA Nancy, 15 janvier 1997, *Dr. famille* 1998, comm. 91 ; CA Paris, 3 septembre 1997, *Dr. famille* 1998, comm. 29 ; CA Paris, 17 mars 1998, 7 mai 1998 et 26 mai 1998, *Dr. famille* 1998, comm. 173 ; CA Poitiers, 10 novembre 1998, *Dr. famille* 1999, comm. 48 ; CA Rouen, 5 septembre 2001, *Dr. famille* 2003, comm. 19 ; CA Aix-en-Provence, 30 avril 2002, *Dr. famille* 2003, comm. 19 ; CA Paris, 25 février 2003, *Dr. famille* 2003, comm. 82.

⁷⁷²Sur cette possibilité, V. M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1469, p. 353.

⁷⁷³Pour des illustrations, V. Civ. 1^{re}, 24 novembre 1987, n° 86-15.883, *Inédit* (rejet) ; CA Douai, 19 mai 2011, RG n° 10/00250 (rejet). Si dans ces arrêts le juge judiciaire rejette la prétention de demandeur c'est au moyen d'une interprétation pour rechercher la volonté du disposant alors même que la clause désignait précisément la SPA comme bénéficiaire.

⁷⁷⁴V. M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1487, p. 379.

⁷⁷⁵Pour des illustrations, V. CA Paris, 7 mai 1998, précité (recours du terme « ligue » en l'absence de conjonction de coordination, du déterminant « la » et l'absence de majuscule) ; CA Paris, 28 novembre 2000, *Dr. famille* 2001, comm. 88 (utilisation du terme « recherche ») ; CA Rouen, 5 septembre 2001, précité (différence entre l'utilisation du terme « lutte » et « recherche ») ; CA Paris, 25 février 2003, précité (référence au terme « Ligue » qui renverrait à la notion de regroupement, rassemblement ou fédération).

instance de Paris, a pu juger le 4 juin 1997 que la mention du terme « Association » avec un « A majuscule » suffisait à faire de l'ARC le légataire⁷⁷⁶.

Parmi les éléments extrinsèques, le juge tient compte des dons effectués du vivant du testateur, attestant l'attachement de ce dernier à cet organisme⁷⁷⁷, des documents adressés à l'organisme l'informant de l'existence d'un testament en sa faveur⁷⁷⁸, des abonnements du testateur aux revues du groupement⁷⁷⁹, de la situation géographique du groupement par rapport à son domicile⁷⁸⁰, du fait qu'il était adhérent de l'organisme⁷⁸¹, ou plus généralement de son parcours comme militant ou bénévole au sein dudit groupement⁷⁸². La relation entretenue entre le testateur et le groupement est donc un indice important dans la décision des juges du fond.

388. La désignation d'une pluralité de bénéficiaires. Reste qu'il est parfois délicat pour les juges de déterminer avec certitude le véritable bénéficiaire de la libéralité. Aussi, n'est-il pas rare que les juges du fond se refusent à désigner un seul légataire. Ils optent alors pour un partage du legs entre les différents organismes qui l'ont saisi⁷⁸³. L'affectation à la cause souhaitée par le disposant prime la personne du bénéficiaire. Il arrive encore que les juges désignent la Fondation de France, forte de sa large compétence, pour recevoir la libéralité⁷⁸⁴. Une telle tendance serait toutefois en régression⁷⁸⁵.

Une telle pratique interpelle nécessairement au regard des dernières volontés du disposant. Cependant, l'obscurité du testament est parfois telle qu'il n'est pas possible de déterminer s'il a souhaité désigner un légataire unique ou une pluralité de légataires. En réalité, la disposition testamentaire rappelle le legs avec faculté d'élire, par lequel le testateur charge un tiers de désigner les bénéficiaires finaux⁷⁸⁶. En testant, par exemple, en faveur de la recherche contre

⁷⁷⁶V. TGI Paris, 4 juin 1997, précité.

⁷⁷⁷V. TGI Paris, 4 juin 1997 et 11 juin 1997, précités ; CA Paris, 17 mai 1998 et 26 mai 1998, précités. *Contra* CA Poitiers, 10 novembre 1998, précité ; CA Rouen, 5 septembre 2001 (présence d'un simple don modique).

⁷⁷⁸V. Civ. 1^{re}, 24 novembre 1987, n° 86-15.883, *Inédit*. En l'espèce, la légataire avait de son vivant adressé un chèque à l'organisme avec la mention manuscrite au dos suivante : « à ma mort, il y aura quelque chose pour les petites bêtes chez [mon notaire] ».

⁷⁷⁹V. CA Paris, 17 novembre 2000, *Dr. famille* 2001, comm. 88.

⁷⁸⁰V. CA Aix-en-Provence, 30 avril 2002, précité.

⁷⁸¹V. CA Paris, 17 mars 1998 et 26 mai 1998, précités.

⁷⁸²V. M. DUVAL, art. précité.

⁷⁸³Pour des illustrations, V. CA Rouen, 22 février 1995, *JCP G* 1996, IV 401 ; CA Bordeaux, 14 janvier 1992, *JCP G* 1993, IV 193 ; TGI Paris, 28 janvier 1998, précité. Dans cette décision, le TGI partage le legs destiné à « l'oeuvre de la lutte contre le cancer » entre six groupements.

⁷⁸⁴V. CA Nancy, 28 avril 1978, *JCP* 1976, II 19123, note A. BRIMO ; CA Nancy, 15 janvier 1997, précité. *Contra* TGI Paris, 24 juin 1992, *juris-data* n° 04.4416. Sur cette pratique, V. M. DUVAL, art. précité ; B. BEIGNIER, note ss. CA Paris, 3 septembre 1997, *Dr. famille* 1998, comm. 29.

⁷⁸⁵V. B. BEIGNIER, note ss. CA Nancy, 15 janvier 1997, *Dr. famille* 1998, comm. 91 ; note ss. CA Paris, 3 septembre 1997, précité.

⁷⁸⁶V. *supra*, n° 214.

le cancer, un arbitrage doit nécessairement être réalisé entre les différents groupements de droit privé comme de droit public aptes à réaliser l'œuvre. Plutôt que de se substituer au *de cuius*, les juges pourraient découvrir dans cette disposition une charge d'élire pesant sur un tiers de confiance, dont la validité n'est pas contestée⁷⁸⁷. Une telle interprétation paraît plus respectueuse des dernières volontés du disposant ; elle évite par ailleurs que le juge refasse complètement le testament au profit des seuls groupements l'ayant saisi.

Finalement, le juge s'emploie, autant que faire se peut, à scruter les différents éléments en sa possession afin de révéler les véritables intentions du testateur. Afin d'éviter ce fastidieux travail et ses incertitudes, il est courant que l'interprétation ait lieu à l'amiable.

B. L'interprétation amiable

389. La convention interprétative. En pratique, les difficultés de désignation du groupement donnent généralement lieu à une interprétation amiable du testament conduisant à une *convention interprétative*. Une telle pratique est même défendue par l'autorité administrative lorsque, saisie par le notaire chargé du règlement de la succession dans le cadre de la tutelle en matière d'acceptation des libéralités⁷⁸⁸, le testament contient un legs flou en faveur d'un organisme indéterminé. Ainsi, la préfecture propose aux héritiers soit de rédiger un accord amiable en vue de désigner le bénéficiaire, soit de saisir le tribunal de grande instance en vue de l'interprétation de l'acte⁷⁸⁹. À défaut d'un tel accord, ou faute d'héritiers, le préfet subordonne sa décision à la production d'une décision judiciaire interprétant le testament litigieux⁷⁹⁰. Finalement, l'autorité de tutelle propose aux héritiers de se substituer au *de cuius* dans la détermination précise du groupement devant recueillir le legs. Les proches du défunt sont supposés être les plus à même de connaître ses dernières

⁷⁸⁷V. *ibidem*.

⁷⁸⁸Sur la tutelle, V. *supra* n^{os} 271. et s.

⁷⁸⁹Sur cette pratique, V. M. DUVAL, art. précité.

⁷⁹⁰Pour des illustrations de décisions rendues sur demande de l'autorité de tutelle (sous l'empire de l'ancienne procédure d'autorisation préalable), V. CA Aix-en-Provence, 6 avril 2000, *Dr. famille* 2000, comm. 132 ; CA Nancy, 15 janvier 1998, précité.

volontés⁷⁹¹. Dans la mesure où cette technique aboutit à la désignation d'un bénéficiaire qui reçoit le legs, il ne saurait être fait grief aux héritiers de rechercher leurs propres intérêts⁷⁹².

390. Limites. Néanmoins, dans cette pratique, aucune place n'est laissée aux différents groupements, lesquels n'interviennent pas à la convention interprétative. Elle s'en trouve nécessairement fragilisée. L'interprétation amiable des testaments est chose courante⁷⁹³. Elle trouve, en principe, son expression dans le partage amiable de la succession du *de cuius*⁷⁹⁴. Une fois accepté par tous les héritiers et légataires, le partage est normalement définitif⁷⁹⁵ ; il purge les éventuelles contestations antérieures. L'obscurité du testament est alors couverte par le partage. À défaut d'accord entre les parties, le tribunal de grande instance peut être saisi en interprétation du testament ou en partage judiciaire auquel cas les problématiques tirées de l'obscurité de l'acte seront rapidement invoquées devant le juge.

Faute d'avoir participé à la convention et au partage de la succession, les groupements se prétendant bénéficiaires peuvent saisir le juge judiciaire en interprétation du testament et demander la nullité du partage, éventuellement intervenu, sur le fondement de l'article 887-1 du Code civil qui permet de remettre en cause le partage en cas d'omission d'un cohéritier. Le juge n'est, en effet, nullement tenu par l'accord amiable⁷⁹⁶. Simplement, l'accord peut être retenu comme élément extrinsèque, au même titre que les attestations des tiers, afin d'éclairer

⁷⁹¹Le droit français en appelle régulièrement à eux dans d'autres matières, notamment pour les funérailles. À défaut de précisions sur les dernières volontés du défunt, sa volonté est recherchée auprès de ses proches (V. F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Droit civil : Les personnes : personnalité, incapacité, protection*, 8^e éd., Paris : Dalloz, 2012, coll. « Précis. Droit privé », n° 32, p. 39). De la même manière, en matière de prélèvements d'organes, si le médecin n'a pas connaissance de la volonté du défunt, il doit rechercher auprès des proches son opposition (C. santé publ., art. L. 1232-1, al. 3). Enfin, la loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 dite Léonetti prévoit que lorsque le malade est hors d'état de manifester sa volonté, la décision de l'interruption des traitements susceptibles de mettre sa vie en danger ne peut être prise sans avoir consulté la personne de confiance, la famille ou les proches (C. santé publ., art. L. 1111-4, al. 5). Plus généralement ces personnes doivent être consultées avant toute intervention ou investigation lorsque la personne ne peut manifester sa volonté (C. santé publ., art. L. 1111-4, al. 4).

⁷⁹²Pour des auteurs, les « vivants qui parlent [au nom des morts] sont plus souvent mus par leurs intérêts que par la recherche et le respect de la volonté du défunt » (V. Ph. MALAURIE et C. BRENNER, *op. cit.* n° 535, p. 275).

⁷⁹³Le notaire chargé de la succession propose aux parties une interprétation (V. C. JUBAULT, *Droit civil : Les successions, les libéralités*, 2^e éd., Paris : Monschrestien-Lextenso éd., 2010, coll. « Domat. Droit privé », n° 762, p. 523). Il le ferait simplement verbalement pour ne pas engager sa responsabilité. (V. Ph. MALAURIE et C. BRENNER, *op. cit.*, n° 535, p. 276).

⁷⁹⁴Le partage fait souvent suite à une interprétation du testament. Pour une illustration, V. Civ. 1^{re}, 23 mai 2012, n° 10-21.510, *Inédit*. En l'espèce, il s'agissait d'un problème d'interprétation sur l'étendue des droits du conjoint survivant contenu dans le testament. L'absence de partage amiable avait rendu nécessaire l'intervention des juges du fond.

⁷⁹⁵Sur les limites au principe en cas de vice du consentement ou de lésion, V. F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *op. cit.*, n°s 1132 et s., p. 1016 et s..

⁷⁹⁶Dans une affaire soumise à la Cour d'appel de Paris, deux légataires universels avaient conclu une convention interprétative. À défaut d'héritiers, ils ont dû demander l'envoi en possession de leur legs. Le tribunal de grande instance avait écarté cette convention et refusa l'envoi en possession. La Cour d'appel infirma le jugement aux motifs que la convention était fidèle aux intentions de la testatrice. Il s'en déduit *a contrario* que si la convention n'avait pas été fidèle, elle aurait été écartée (V. CA Paris, 31 janvier 2002, *AJ Famille* 2002, p. 147).

sa décision. En d'autres termes, une telle interprétation n'est pas opposable aux éventuels groupements désignés ; elle ne peut éluder tout contentieux.

En matière d'interprétation d'une désignation obscure d'un groupement, le juge ou les héritiers s'emploient à respecter la volonté du disposant afin d'ôter au testament son caractère obscur. Lorsque le testament est clair et précis, l'interprétation permet alors de donner effet à la volonté du *de cuius*, en sauvant une désignation normalement irrégulière ou caduque.

§2. L'interprétation de la désignation irrégulière ou caduque

391. Irrégularité ou caducité. À la différence des hypothèses d'ambiguïté du testament, les héritiers vont être particulièrement intéressés au sort de la disposition irrégulière puisqu'ils ont une vocation naturelle *ab intestat* à recueillir les biens. Ils sont donc logiquement au centre des contentieux. Néanmoins, la jurisprudence va, autant que possible, essayer de donner vie aux volontés du *de cuius*, soit en substituant au groupement désigné de manière irrégulière un second groupement, soit en découvrant une charge autonome pesant sur la succession.

Parfois, les volontés du testateur se heurtent à l'attitude du légataire. Ce dernier peut toujours renoncer au legs, ce qui conduit à sa caducité⁷⁹⁷ ainsi qu'à celle de la charge⁷⁹⁸. Les biens, objets du legs, vont être dévolus aux autres légataires universels, ou, à défaut, réintégrer la succession *ab intestat*, voire même revenir à un légataire de second rang si le *de cuius* en a institué un⁷⁹⁹. Quoique la jurisprudence ait pu, dans de rares hypothèses, imposer aux successeurs l'exécution de la charge, rien n'empêcherait en réalité de désigner un autre groupement pour se substituer au renonçant.

Afin de sauver l'affectation irrégulière ou caduque, les juges vont désigner soit un groupement de second rang (A), soit un successeur (B).

⁷⁹⁷C. civ., art. 1043.

⁷⁹⁸V. Civ. 1^{re}, 1^{er} juillet 2003, n° 01-00.373, *Bull. civ.* I, n° 156 ; *RJPF* 2003, n° 10, p. 24, note J. CASEY ; *D.* 2003, p. 2031, note B. BEIGNIER ; *JCP G* 2004, II 10161, note J.-G. MAHINGA ; *Gaz. Pal.* 2003, n° 346, p. 9, concl. J. SAINTE-ROSE ; Civ. 1^{re}, 19 septembre 2007, n° 06-18.082, *Inédit* ; *RTD civ.* 2008, p. 342, obs. M. GRIMALDI.

⁷⁹⁹Sauf les rares hypothèses d'accroissement en cas de legs conjoints. Sur celles-ci, V. F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Droit civil : Les successions, les libéralités*, 4^e éd., Paris : Dalloz, 2014, coll. « Précis. Droit privé », n^{os} 460 et s., p. 420 et s.

A. La désignation d'un groupement de second rang

La désignation peut être irrégulière pour trois raisons : le groupement désigné est incapable, il est inapte à exécuter les charges, ou encore il est inexistant au jour de l'ouverture de la succession⁸⁰⁰. Chaque fois, les juges du fond vont chercher à lui substituer une personne existante, capable et apte à exécuter la libéralité. En toute logique, les mêmes solutions devraient être retenues en cas de caducité de la charge du fait de la renonciation du bénéficiaire du legs.

L'interprétation permet donc trois sortes de substitution : celle d'un bénéficiaire capable (1), d'un bénéficiaire apte (2) et enfin d'un bénéficiaire existant (3).

1. La substitution d'un bénéficiaire capable

392. Une solution classique : la substitution simple. Parmi les règles non connues par les testateurs, celles régissant la capacité juridique des personnes morales sont les plus nombreuses, tant elles sont complexes⁸⁰¹. De surcroît, l'acquisition de la capacité juridique par les groupements n'est pas figée. S'il est rare que la reconnaissance d'utilité publique soit retirée, il est, en revanche, plus courant que le statut conférant la grande capacité juridique à une association assimilée ne soit pas renouvelé. Or, ce dernier n'est efficace que pendant cinq ans⁸⁰². En fin de compte, les testateurs sont nombreux à gratifier une personne morale incapable de recevoir des libéralités autrement que par des dons manuels. Dans ce cas, le bénéficiaire est incapable et le legs normalement nul.

Pourtant, de telles dispositions ont toujours été appréhendées avec une certaine bienveillance par les juridictions judiciaires. Les juges du fond, avec l'aval de la Cour de cassation, cherchent à substituer au bénéficiaire incapable un second groupement capable, poursuivant les mêmes buts et apte à respecter l'affectation des biens⁸⁰³. Le groupement initialement choisi va être totalement évincé. Le recours à un tel procédé doit être exclu en présence d'un fort *intuitu personæ*, notamment en cas de lien relationnel entre le groupement désigné et le testateur.

⁸⁰⁰C'est admettre, avec de nombreux auteurs, que les personnes futures ne sont pas incapables de recevoir des libéralités et qu'il est préférable de parler d'interdiction justifiée par un simple obstacle de fait (V. J. FLOUR et H. SOULEAU, *op. cit.*, n° 294, p. 188 ; M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1114, p. 97 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *op. cit.*, n° 313, p. 299).

⁸⁰¹V. *supra*, n°s 244. et s.

⁸⁰²V. *supra*, n° 292.

⁸⁰³Pour des illustrations, V. A. PONSARD art. précité, n° 28 et s. ; C. BAHUREL, *op. cit.*, n° 122, p. 88.

393. Une solution originale : la substitution intermédiée. Lorsque la personne du légataire désignée n'est pas indifférente, la seule possibilité pour le juge est de recourir à la *technique dite de l'affiliation*⁸⁰⁴. En vertu de celle-ci, il est admis qu'une fédération d'associations soit désignée pour recevoir une libéralité avec pour obligation de l'affecter aux activités poursuivies par l'association qui y est affiliée⁸⁰⁵. Les juges du fond vont alors être autorisés à découvrir une telle charge dans une libéralité qui n'en contenait manifestement pas. Ce faisant, le juge procède à une « *substitution intermédiée* » : il retient que le legs adressé à un groupement incapable de recevoir des libéralités, mais affilié à un organisme capable, s'interprète comme un legs au profit du second avec charge de retransmettre au premier⁸⁰⁶. Là encore, cette technique est encouragée par l'autorité administrative⁸⁰⁷. En réalité, les juges mettent à jour une véritable fiducie aux fins de libéralités⁸⁰⁸. Le groupement désigné n'a qu'un simple rôle d'intermédiaire passif de transmission.

Poussant plus loin sa solution, la Cour de cassation a pu retenir que l'affiliation à la fédération peut être postérieure au décès du *de cuius* ; seule l'acquisition de la capacité juridique par cette dernière doit le précéder⁸⁰⁹.

À côté des désignations irrégulières en raison de l'incapacité du bénéficiaire, les juges devraient également sauver la désignation d'un groupement inapte.

2. La substitution d'un bénéficiaire apte

394. Une substitution à découvrir. Dans certaines occasions, le testateur va désigner un groupement capable de recevoir la libéralité, mais inapte à réaliser la charge grevant la

⁸⁰⁴V. Ph. VIUDES et C. ALBOUY, « De la théorie de l'affiliation en matière de libéralités faites à des associations », *JCP N* 2011, 1164.

⁸⁰⁵V. *supra*, n° 153.

⁸⁰⁶V. Civ. 1^{re}, 3 novembre 1970, n° 67-10.197, *Bull. civ.* I, n° 293 ; Civ. 1^{re}, 15 mai 2008, n° 07-14.930, *Inédit* ; Civ. 1^{re}, 16 septembre 2010, n° 09-68.221, *Inédit* ; *Dr. famille* 2010, comm. 542, note B. BEIGNIER ; *RLDC* 2010, n° 76, p. 54, obs. G. CHAUCHAT-ROZIER ; *JCP N* 2011, 1164, note Ph. VIUDES et C. ALBOUY ; Civ. 1^{re}, 23 mars 2011, n° 09-70.186, *Inédit* ; *RLDC* 2011, n° 82, p. 61, obs. J. GALLOIS ; *RJPF* 2011, n° 6, p. 36, obs. D. MARTEL. Pour des décisions plus anciennes, V. Req., 30 octobre 1934, *D.* 1934, p. 569 ; T. civ. de la Seine, 11 mai 1938, *Rev. trim.* 1939, p. 211.

⁸⁰⁷Dans la majorité des décisions précitées, le juge judiciaire a été appelé à intervenir après que l'autorité de tutelle a autorisé l'acceptation de la libéralité par la fédération. Toutes ces affaires sont rendues sous l'empire de l'ancienne procédure d'autorisation préalable (V. *supra*, n° 271.).

⁸⁰⁸V. *supra*, n° 219. *Adde* C. VERNIÈRES, note ss Civ. 1^{re}, 16 septembre 2010, *AJ Famille*, p. 542 et s.

⁸⁰⁹V. Civ. 1^{re}, 15 mai 2008, précité.

libéralité. Dans ce cas, la charge contrarie la spécialité de la personne morale⁸¹⁰. Afin de contourner une telle inaptitude, il a été admis qu'un groupement apte soit substitué au groupement inapte. Simplement, jusqu'à présent, une telle substitution est l'œuvre soit de l'autorité de tutelle – substitution administrative⁸¹¹ ; soit du bénéficiaire – substitution volontaire⁸¹². Il ne semble pas que les juges aient déjà été appelés à interpréter une libéralité grevée d'une charge impossible ou illicite.

Pourtant, une même solution s'impose en effet. La substitution administrative repose, d'ores et déjà, sur une interprétation de volonté⁸¹³ ; les règles gouvernant la spécialité des groupements ne sont pas moins difficiles à maîtriser que celles relatives à la capacité de recevoir des libéralités. Aussi, un auteur soutient-il qu'il appartient au groupement s'estimant apte à recueillir le legs d'agir auprès du juge judiciaire à cette fin⁸¹⁴.

Enfin, il arrive encore que la désignation soit inefficace car elle s'adresse à un groupement inexistant au jour de l'ouverture de la succession. L'interprétation lui substitue alors un bénéficiaire existant.

3. *La substitution d'un bénéficiaire existant*

Il arrive que le testateur désigne pour lui succéder un groupement inexistant, que celui-ci soit futur et donc à créer, ou qu'il ait simplement cessé d'exister. Or, pour pouvoir profiter de la libéralité, le bénéficiaire doit disposer « de la personnalité juridique au bon moment »⁸¹⁵. L'interprétation vient alors au secours du groupement à créer (a) ou du groupement ayant cessé d'exister (b).

a. *L'interprétation au secours du groupement à créer*

395. La charge de fonder un nouvel établissement. Sous l'empire du droit antérieur à la loi du 4 juillet 1990⁸¹⁶, un important contentieux s'était développé autour de la question de la

⁸¹⁰V. *supra*, n° 320.

⁸¹¹V. *supra*, n° 321.

⁸¹²V. *supra*, n° 323.

⁸¹³V. R. CASSIN, *Droit civil approfondi et comparé : les libéralités avec charge et les fondations*, Paris : les Cours de droit, 1939, p. 42.

⁸¹⁴V. A. PONSARD, art. précité, n° 45.

⁸¹⁵V. D. GUÉVEL, *Droit des successions et des libéralités*, 3^e éd., Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso éd., 2014, coll. « Systèmes », n° 261, p. 122.

⁸¹⁶L. n° 90-559 du 4 juillet 1990, art. 1^{er}.

validité des fondations testamentaires directes⁸¹⁷. Depuis, la question ne saurait se poser dans les mêmes termes : le législateur a validé le procédé en conférant à la reconnaissance d'utilité publique pour les fondations⁸¹⁸ ou à la publication de la constitution des fonds de dotation un effet rétroactif au jour de l'ouverture de la succession⁸¹⁹.

Avant cette loi, pour donner effet aux volontés du testateur, la Cour de cassation admettait deux types d'interprétation. Dans la majorité des cas, elle autorisait les juges du fond à découvrir, dans la fondation *post mortem* directe, une charge de fonder un établissement nouveau pesant sur un légataire substitué. Ce faisant, la fondation directe devenait une fondation indirecte. Là encore, plutôt qu'une libéralité avec charge, il est préférable d'y déceler une véritable fiducie aux fins de libéralité⁸²⁰. Parfois, les magistrats ont préféré opter pour une substitution simple en désignant en lieu et place de la fondation à créer un établissement déjà existant poursuivant les mêmes buts et aptes à réaliser l'affectation désirée par le testateur⁸²¹.

396. Avenir des solutions antérieures. Bien que le législateur ait validé la fondation directe, ces solutions ne sauraient tomber en désuétude. D'abord, parce qu'il pourrait arriver que le projet souhaité par le fondateur ne puisse jamais aboutir faute de respecter les lourdes exigences imposées pour obtenir la reconnaissance d'utilité publique⁸²². Dans ce cas, les juges devraient substituer à la fondation à créer un second organisme déjà existant et poursuivant des fins similaires. À cet effet, les juges pourraient découvrir dans le testament une fondation abritée. En ce qu'elle conduit à créer un groupement de biens au sein d'une fondation abritante, une telle solution est au plus près des dernières volontés du testateur. La reconnaissance de la personnalité juridique à de telles fondations permettrait d'éviter les difficultés attachées à la reconnaissance d'utilité publique⁸²³.

⁸¹⁷V. *supra*, n° 94.

⁸¹⁸L. n° 87-571 du 23 juillet 1987, art. 18-2, créé par L. n° 90-559 du 4 juillet 1990, art. 1^{er}.

⁸¹⁹L. n° 2008-776 du 4 août 2008, art. 140, IV, al. 1^{er}.

⁸²⁰V. *supra*, n° 218.

⁸²¹V. Req., 8 avril 1891, *D.* 1892, 1, p. 390 ; *S.* 1892, 1, p. 516 ; Civ., 6 juin 1932, *Fondation d'Arcachon*, *D.* 1932, p. 428 ; CA Paris, 1^{er} juillet 1926 (1^{re} espèce), *D.* 1928, 2, p. 121, note R. SAVATIER. Une même possibilité a été consacrée implicitement dans un arrêt du 14 mai 1991 (V. Civ. 1^{re}, 14 mai 1991, précité). En l'espèce, la Fondation de France souhaitait être substituée à la fondation à créer prétendant qu'elle était apte à respecter l'affectation voulue par le disposant. Les juges du fond, approuvés par la Cour de cassation, refusent une telle substitution qui viendrait dénaturer le testament et retiennent l'existence d'une charge de créer la fondation pesant sur l'héritière du *de cuius*. Si la substitution a été rejetée en raison des intentions du *de cuius*, la Haute juridiction admet implicitement qu'il est possible d'y avoir recours.

⁸²²V. *supra*, n° 257.

⁸²³Pour une proposition en ce sens, V. *supra*, n° 306.

Ensuite, le sort des biens adressés aux autres groupements inexistantes ou non encore capables est incertain. L'hypothèse vise, par exemple, une association simplement déclarée qui serait en voie d'obtenir la reconnaissance d'utilité publique et qui échapperait aux prévisions de la loi. Un auteur estime que la solution retenue par le législateur en 1990 devrait s'appliquer *mutatis mutandis* dans ce cas⁸²⁴. Il est, toutefois, permis de douter de cette proposition, en l'absence de texte particulier⁸²⁵. Le testateur n'est pas fondateur en présence d'une telle association. La reconnaissance d'utilité publique n'est pas attachée à la libéralité comme en matière de fondation. L'hypothèse s'applique également au legs destiné à une association à créer⁸²⁶.

Dans ces deux situations, les solutions rendues en matière de fondation sous l'empire du droit antérieur devraient trouver à s'appliquer : il est permis de découvrir une charge de transmettre dans le legs fait au profit d'une association en attente de reconnaissance d'utilité publique, si cette reconnaissance est imminente. En revanche, seule une substitution simple est envisageable quand le legs est adressé à une association à créer⁸²⁷. À la différence des fondations, les associations doivent normalement avoir fonctionné pendant trois ans avant d'acquérir la « grande capacité juridique », que ce soit par la reconnaissance d'utilité publique⁸²⁸ ou leur caractère d'intérêt général⁸²⁹. La double charge de créer une association nouvelle et de lui transmettre les biens paraît bien être impossible. La substitution d'une seconde association permet de dépasser cette difficulté. La Cour de cassation, dans un arrêt du 5 avril 1978, a déjà admis une telle solution⁸³⁰. En l'espèce, un legs était adressé à une association non déclarée au jour du décès de la testatrice ; une seconde association lui a été préférée.

Si le groupement désigné peut ne pas encore exister, il arrive également qu'il n'existe plus.

⁸²⁴V. A. SÉRIAUX, *Successions et libéralités*, Paris : Ellipses, 2012, coll. « Université. Droit : manuel », n° 35, p. 60.

⁸²⁵En ce sens, V. V. D. GUÉVEL, *op. cit.*, n° 261, p. 122.

⁸²⁶V. Civ. 1^{re}, 5 avril 1978, n° 76-13.347, *Bull. civ.* I, n° 151 ; CA Rouen, 1^{er} février 2006, *juris-data* n° 2006-296102 (associations culturelles).

⁸²⁷Un auteur estime, au contraire, qu'il est possible de retenir une charge de transmettre à l'association à créer (V. C. VERNIÈRES, *op. cit.*, n° 629, p. 522).

⁸²⁸V. *supra*, n° 253.

⁸²⁹V. *supra*, n° 254.

⁸³⁰Civ. 1^{re}, 5 avril 1978, précité.

b. *L'interprétation au secours du groupement ayant cessé d'exister*

397. Substitution et révocabilité du testament. Il peut arriver que l'exécution du testament soit impossible en raison de la disparition du groupement institué comme légataire, alors même qu'il existait au jour de la confection du testament. Le legs est en principe caduc⁸³¹. L'hypothèse a longtemps été rare. Elle visait les cas de dissolution du groupement, auxquels il est possible d'adjoindre par analogie les situations dans lesquelles le groupement s'était vu retirer sa grande capacité juridique. Depuis la loi du 31 juillet 2014, la disparition du groupement peut également résulter d'une restructuration⁸³².

Dans ce cas, la substitution ne saurait s'imposer avec autant d'évidence que précédemment. La difficulté tient à la nature du testament : celui-ci est librement révocable⁸³³. Aussi, le testateur, en ne le modifiant pas à la suite de la disparition du légataire, a-t-il pu souhaiter implicitement le révoquer⁸³⁴. Le testament doit alors être interprété en se plaçant à la date de l'ouverture de la succession⁸³⁵ ; la solution retenue est affaire de circonstances. Chaque fois que la révocation tacite est rejetée, le juge judiciaire peut substituer au groupement désigné un second organisme susceptible de recueillir le legs⁸³⁶.

Finalement, chaque fois que la désignation du bénéficiaire est irrégulière, sous couvert d'interprétation des dispositions pourtant claires et précises, les juges vont sauver le testament, sans que la Cour de cassation ne censure le raisonnement sur le terrain de la dénaturation. Pour un auteur, les tribunaux vont alors « sous-entendre les clauses nécessaires à la réalisation des buts voulus par le défunt ». Le juge va « suppléer la volonté » du testateur

⁸³¹V. D. GUÉVEL, *Droit des successions et des libéralités*, 3^e éd., Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso éd., 2014, coll. « Systèmes », n° 416, p. 178.

⁸³²V. *supra*, n° 83. Pour une illustration de disparition par fusion-absorption, V. CA Rouen, 1^{er} février 2006, précité.

⁸³³C. civ., art. 895.

⁸³⁴Un arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux avait retenu qu'en ne modifiant pas son testament à la suite de la dissolution du bénéficiaire du legs plusieurs années avant son décès, le testateur n'avait pas souhaité gratifier une autre œuvre (V. CA Bordeaux, 31 mars 1952, *D.* 1953, 2, p. 41, note H. LALOU).

⁸³⁵V. M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1487, p. 380. Dans le même sens, P. ROUBIER, *Le droit transitoire : conflits des lois dans le temps*, 2^e éd., Paris : Dalloz : Sirey, 1960, rééd., Paris : Dalloz, 2008, coll. « Bibliothèque Dalloz », n° 66, p. 313. Comp. Ph. MALAURIE et C. BRENNER, *op. cit.*, note n° 110, ss n° 535, p. 276 (pour lesquels « un tel systématisme est douteux »). *Adde* C. BAHUREL, *op. cit.*, n° 522, p. 321 (il conviendrait de distinguer : les dispositions relatives à l'objet du legs devraient être interprétées à la date du décès tandis que celles relatives à la personne des gratifiés devraient l'être au jour de la rédaction. Il s'agirait d'une présomption simple).

⁸³⁶Dans le même sens, V. M. DUVAL, art. précité. L'auteur cite une décision du Tribunal de grande instance de Paris du 25 mai 2000 en ce sens. *Adde* implicitement CA Rouen, 1^{er} février 2006, précité. Dans cette affaire la Cour d'appel refuse à l'association demanderesse de recueillir le legs adressé à l'association qu'elle a absorbée en raison de l'absence de capacité juridique de celle-là. Il s'en déduit, *a contrario*, que si l'association avait joui d'une telle capacité, la juridiction l'aurait substituée dans les droits de l'association disparue.

en « organisant une technique que le testateur n'avait point prévue ou dont il n'avait pas précisé les contours »⁸³⁷.

Plutôt que de désigner un second groupement, il arrive également aux juges de découvrir une charge s'imposant aux successeurs.

B. La désignation d'un successeur

398. La survie de la charge. Afin de contourner les conséquences attachées à la caducité de la charge d'intérêt collectif en cas de renonciation au legs qu'elle grève, d'anciennes et rares décisions de juges du fond ont retenu que la charge ne suit pas le sort de ce dernier : elle pèse alors sur les personnes qui recueillent la succession⁸³⁸. Selon les cas, l'exécution de la charge fut imposée aux héritiers *ab intestat*⁸³⁹ ou aux légataires universels⁸⁴⁰. De la même manière, lorsque les juges découvraient une fondation testamentaire indirecte derrière une fondation directe, le plus souvent, la personne désignée pour réaliser la charge se trouvait être celle recueillant la succession⁸⁴¹. Pour expliquer de telles solutions, il a pu être défendu que lorsque la charge imposait une obligation de fonder – fondation testamentaire indirecte⁸⁴² – celle-ci consistait en *une véritable charge réelle grevant la succession*⁸⁴³.

En réalité, là encore, le juge judiciaire préfère substituer au légataire renonçant ou inexistant, par une interprétation des volontés du testateur, une personne capable et apte à réaliser la charge.

Aussi, l'obligation réelle doit-elle être rejetée (1) au profit d'une obligation personnelle substituée (2).

⁸³⁷A. PONSARD, art. précité, nos 9 et 27.

⁸³⁸Sur le caractère discutable de cette jurisprudence, V. G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil : Les successions et les libéralités*, par P. RAYNAUD, Paris : Sirey, 1983, n° 686, p. 508.

⁸³⁹V. T. civil de la Seine, 1^{er} février 1927, *D.* 1928, 2, p. 121, note R. SAVATIER.

⁸⁴⁰V. CA Douai, 29 novembre 1893, *D.* 1894, 2, p. 599.

⁸⁴¹V. notamment Civ. 1^{re}, 14 mai 1991, n° 90-13135, *Bull. civ.* I, n° 159 ; CA Paris, 1^{er} juillet 1926 (2^e espèce), *D.* 1928, 2, p. 121, note R. SAVATIER.

⁸⁴²V. *supra*, n° 95.

⁸⁴³V. C. VERNIÈRES, *Les libéralités à trois personnes*, thèse de doctorat en droit, Paris : Université de Paris II, 2012, n° 74, p. 69, et n° 634, p. 526 ; C. BAHUREL, *La volonté des morts : vouloir pour le temps où l'on ne sera plus*, préf. M. GRIMALDI, Paris : LGDJ-Lextenso. éd., 2014, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 557, n° 337, p. 221. Comp. R. CASSIN, *Droit civil approfondi et comparé : les libéralités avec charge et les fondations*, Paris : les Cours de droit, 1939, p. 65, et p. 356 et s. (évoquant alternativement une charge objective et une charge réelle, tout en réfutant cette seconde qualification).

1. Le rejet de l'obligation réelle

Une fois, la théorie présentée (a), elle pourra être critiquée (b).

a. Présentation de la théorie

399. Charges autonomes et obligation *propter rem*. Retenir l'existence d'une charge réelle revient à admettre la possibilité d'une obligation réelle ou *propter rem*. Pour ses partisans, le recours à une telle obligation serait seul à même d'expliquer la reconnaissance par la jurisprudence de charges autonomes, c'est-à-dire de *charges héréditaires* contenues ou découvertes dans le testament, mais non attachées à un legs⁸⁴⁴. Une telle possibilité est pourtant largement débattue. Pour certains auteurs, une charge ne peut être stipulée qu'au soutien d'une libéralité⁸⁴⁵, fût-elle implicite⁸⁴⁶. D'autres auteurs estiment qu'il est possible d'imposer à ses héritiers des charges indépendamment de toute libéralité et sous réserve de ne pas grever la réserve héréditaire⁸⁴⁷. On parle de charge héréditaire qui serait fondée sur l'obligation *propter rem*⁸⁴⁸. La charge de fonder n'en serait qu'une illustration parmi d'autres. Ainsi, seule la charge personnelle serait véritablement attachée au legs.

Une telle théorie n'est pas à l'abri de toutes critiques.

b. Critiques de la théorie

Les contours de l'obligation *propter rem* (i) dévoilent ses insuffisances (ii).

⁸⁴⁴V. C. VERNIÈRES, *op. cit.*, n° 73, p. 68 ; C. BAHUREL, *op. cit.*, n° 337, p. 221. Comp. R. Cassin, *op. cit.*, p. 65 (évoquant l'idée d'une « charge objective de la succession »).

⁸⁴⁵V. P. VOIRIN, note ss Req., 18 février 1947, *JCP* 1947, II 3719.

⁸⁴⁶V. R. SAVATIER, note ss Civ. 1^{re}, 9 novembre 1959, *RTD civ.* 1959, p. 613. Pour l'auteur, « le mot libéralité doit simplement être pris au sens large. Il y a libéralité virtuelle de la part du testateur qui, par son testament, confirme implicitement ou explicitement des droits sur ses biens, appartenant *ab intestat* à l'héritier, mais dont le testateur serait libre de disposer en faveur d'autrui dans sa succession ».

⁸⁴⁷V. M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1453, p. 342 ; C. VERNIÈRES, *op. cit.*, n° 73, p. 69 ; C. BAHUREL, *op. cit.*, n° 339, p. 222.

⁸⁴⁸V. C. VERNIÈRES, *op. cit.*, n° 73, p. 68.

400. Obligation réelle et droit réel. Plusieurs auteurs défendent l'existence de l'obligation réelle⁸⁴⁹. Celle-ci permettrait, en effet, d'expliquer certaines *obligations légales pesant sur les titulaires d'un droit réel principal* telles que les obligations de réparation pesant sur l'usufruitier ou les obligations pesant sur le propriétaire du fonds servant en matière de servitudes⁸⁵⁰. Son débiteur en est alors tenu en qualité de titulaire du droit réel ; l'obligation réelle en est l'accessoire⁸⁵¹. Cette obligation est présentée comme une catégorie intermédiaire⁸⁵², voire hybride⁸⁵³, entre les droits réels et les droits personnels. La jurisprudence reconnaît son existence⁸⁵⁴. Ainsi, dans un arrêt du 26 novembre 1970⁸⁵⁵, la Cour de cassation affirme que

l'obligation imposée au propriétaire d'un bien [grevé] d'une servitude, de ne rien faire qui puisse y contrevenir ou en diminuer l'usage ou le rendre plus incommode est une *charge réelle* pesant sur le fonds lui-même et suivant le bien en quelques mains qu'il passe⁸⁵⁶.

Des auteurs vont même plus loin et admettent que l'obligation *propter rem* peut avoir une *source conventionnelle*⁸⁵⁷. La jurisprudence s'est fait l'écho de cette proposition puisque, dès un arrêt du 14 octobre 1981⁸⁵⁸, la Cour de cassation retient que :

l'obligation souscrite par l'acquéreur d'un bien immobilier d'effectuer les réparations d'entretien qui deviendraient nécessaires à l'immeuble dont le vendeur s'est réservé un droit d'usage et d'habitation est une *charge réelle* dont l'exécution peut être imposée à tous les propriétaires successifs de l'immeuble⁸⁵⁹.

⁸⁴⁹D'autres auteurs nient l'utilité d'une telle construction (V. F. ZÉNATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, 3^e éd., Paris : PUF, 2008, coll. « Droit fondamental. Classique », n° 298, p. 461).

⁸⁵⁰V. L. MICHON, *Les obligations propter rem dans le Code civil*, Nancy : impr. de A. Nicolle, 1891 ; M. de JUGLART, *Obligation réelle et servitude en droit privé français*, thèse de doctorat en droit, Bordeaux : Université de Bordeaux, 1937 ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 3, *Les biens*, 19^e éd., Paris : PUF, 2000, coll. « Thémis. Droit privé », n° 41, p. 72 ; H. ROLAND et L. BOYER, *Introduction au droit*, Paris : Litec, 2003, coll. « Traités », n° 1310, p. 456 ; G. CORNU, *Droit civil : les biens*, 13^e éd., Paris : Montchrestien, 2007, coll. « Domat. Droit privé », n° 21, p. 54.

⁸⁵¹V. J. HANSENNE, « De l'obligation réelle accessoire à l'obligation réelle principale », in *Études dédiées à Alex Weill*, Paris : Dalloz : Litec, 1983, p. 325 et s. ; C. VERNIÈRES, *op. cit.*, n° 71, p. 67.

⁸⁵²V. J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 40, p. 70.

⁸⁵³V. H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 1306, p. 455.

⁸⁵⁴V. Civ. 1^{er}, 1^{er} juin 1993, n° 91-19.904, *Bull. civ. I*, n° 216 (refus de voir dans l'ancien article 83 du Code minier une charge réelle).

⁸⁵⁵Civ. 3^e, 26 novembre 1970, n° 69-12.769, *Bull. civ. III*, n° 646.

⁸⁵⁶Nous soulignons.

⁸⁵⁷V. H. ABERKANE, *Contribution à l'étude de la distinction des droits de créance et des droits réels : Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en droit positif français*, préf. M. FRÉJAVILLE, Paris : LGDJ, 1957, nos 126 et s., p. 279 et s. ; J. SCAPEL, *La notion d'obligation réelle*, préf. P. JOURDAIN, Aix-en-Provence : PUAM, 2002, coll. « Institut de droit des affaires », n° 344, p. 351.

⁸⁵⁸Civ. 3^e, 14 octobre 1981, n° 80-12.717, *Bull. civ. III*, n° 158.

⁸⁵⁹Nous soulignons.

De la même manière, en matière de lotissement, la Haute juridiction considère que les clauses contenues dans le cahier des charges peuvent faire naître des charges réelles s'imposant aux acquéreurs successifs d'un lot⁸⁶⁰.

Enfin, plus récemment, la Haute juridiction de l'ordre judiciaire a repris une position similaire. Dans un arrêt du 13 octobre 2004⁸⁶¹, non publié au bulletin, elle a considéré que les juges du fond avaient légalement justifié leur décision faisant droit à une demande de suppression de vues en « retenant souverainement l'existence d'une *charge réelle* affectant le fonds lui-même et *non pas d'une obligation personnelle* engageant seulement les auteurs des [sous-acquéreurs] »⁸⁶².

Finalement, la théorie selon laquelle la charge de fonder constitue une obligation réelle se commande de ce second mouvement. Force est d'admettre que le droit positif n'est pas hermétique à la notion d'obligation réelle, dont la naissance repose sur un acte de volonté. Pourtant, le recours à celle-ci doit être rejeté en matière de renonciation à un legs.

ii. *Les insuffisances de l'obligation propter rem*

401. Deux catégories d'obligations réelles. Dans sa thèse consacrée à l'obligation réelle, un auteur estime qu'une telle obligation peut avoir deux origines⁸⁶³. Certaines reposeraient sur un *intuitu rei* bilatéral, c'est-à-dire sur une dualité de droits réels ; elles seraient parfaites. D'autres, en revanche, seraient attachées à un droit réel unique ; elles seraient imparfaites comme assises sur un *intuitu rei* unilatéral. Du côté des libéralités à caractère collectif, une telle obligation réelle parfaite est absente tandis qu'une obligation réelle imparfaite doit être rejetée car elle serait inopportune.

⁸⁶⁰V. Civ. 1^{re}, 1^{er} juillet 1987, n° 86-11.162, *Inédit*. Dans cet arrêt, la Cour de cassation retient que la Cour d'appel avait souverainement caractérisé l'existence d'une charge réelle résultant d'une clause d'un cahier des charges régissant un ensemble immobilier. La Haute juridiction avait déjà admis que la question de savoir si la clause engageait les propriétaires à titre personnel ou affectait le fonds d'une charge réelle relevait de l'intention des parties (V. Civ. 3^e, 6 mai 1980, n° 78-16.390, *Bull. civ.* III, n° 91).

⁸⁶¹Civ. 1^{re}, 13 octobre 2004, n° 03-12.687, *Inédit* ; *D.* 2005, p. 934, note S. MARY.

⁸⁶²Nous soulignons. En l'espèce, à l'issue de la division d'un fonds, l'un des immeubles en résultant a été vendu. Dans l'acte de vente, il était prévu que les vues s'exerçant sur le fonds vendu seraient bouchées aux frais des vendeurs, restés propriétaires du second immeuble, à la première demande des acquéreurs. Finalement, les vendeurs ont aliéné le second immeuble sans qu'une telle demande n'ait été formée et sans que la clause ne soit réitérée. Les acquéreurs du premier immeuble agissent alors contre les acquéreurs du second afin de voir mise en œuvre la clause contenue dans le premier acte de vente.

⁸⁶³V. J. SCAPEL, *op. cit.*, n° 224, p. 239.

402. L'absence d'obligation réelle parfaite. Selon une approche classique, l'obligation réelle permet de régler les rapports entre le propriétaire d'un bien et le titulaire d'un droit réel sur ce bien⁸⁶⁴. En d'autres termes, les obligations réelles résultent « de l'existence d'un droit réel sur la chose d'autrui »⁸⁶⁵. Finalement, chaque fois que l'existence d'une charge réelle, légale comme conventionnelle, est admise, celle-ci vient ordonner les relations entre deux titulaires de droit réels principaux⁸⁶⁶. Le droit positif se prononce en ce sens puisque dans toutes les décisions qui reconnaissent l'existence d'une obligation réelle, celle-ci est adossée à deux droits réels principaux⁸⁶⁷.

Tel n'est pas le cas de la charge d'affectation contenue dans une libéralité à caractère collectif : celui qui reçoit la succession n'est pas titulaire d'un droit réel sur la chose d'autrui ; il n'est pas chargé de réaliser l'œuvre du *de cuius* en cette qualité.

403. L'obligation réelle imparfaite : une solution peu opportune. La théorie combattue repose alors sur l'existence d'obligations réelles imparfaites, c'est-à-dire que « seul un des sujets de l'obligation, le débiteur ou le créancier, est tenu d'une dette, ou bénéficie d'une créance, qui est fondée sur le droit réel principal dont il dispose sur le bien »⁸⁶⁸. L'idée selon laquelle la charge de fonder reposerait sur une obligation réelle ne peut se rattacher qu'à cette thèse : celui qui reçoit la succession est tenu de réaliser l'œuvre en sa qualité de propriétaire de l'hérédité.

Cependant, une telle thèse doit être rejetée pour trois raisons. D'abord, les rares solutions rendues en matière de caducité pour renonciation du légataire ne visent pas simplement les

⁸⁶⁴V. C. LARROUMET, « Obligation réelle et obligation personnelle », *RDA* 2013, n° 7, p. 89 et s., n° 5. Adde H. ABERKANE, *op. cit.*, n° 29, p. 26.

⁸⁶⁵Dans le même sens, un auteur estime que « le but de l'obligation réelle est d'assurer une meilleure exploitation de la chose dont les utilités sont partagées en créant entre leurs titulaires des obligations de faire. L'obligation réelle unit donc le propriétaire et le titulaire d'un droit réel démembré » (V. W. DROSS, *Droit des biens*, 2^e éd., Paris : LGDJ-Lextenso éd., 2014, coll. « Domat. Droit privé », n° 131, p. 117). *Contra* J. SCAPEL, *op. cit.*, n° 306 et s., p. 316 et s.

⁸⁶⁶Pour reprendre un autre auteur, l'obligation réelle est l'accessoire d'un droit réel existant, de sorte que reconnaître de nouvelles obligations doit conduire à la reconnaissance d'un droit réel nouveau, un droit réel « innomé » (V. J. HANSENNE, « De l'obligation réelle accessoire à l'obligation réelle principale », art. précité).

⁸⁶⁷Un droit d'usage et d'habitation ou des servitudes. Il est désormais admis que le cahier des charges en matière de lotissement fasse naître des servitudes dites collectives dont souffrent les différents lots (V. J. HANSENNE, *La servitude collective, modalité du service foncier individuel ou concept original ?*, préf. A. WEILL, Liège, 1969, n° 84, p. 163 ; J.-L. BERGEL, *Les servitudes de lotissement à usage d'habitation*, préf. E. BERTRAND, Paris : LGDJ, 1973, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 131, n°s 176 et s., p. 199 et s. ; J. SCAPEL, *op. cit.*, n° 238, p. 255 ; C. LARROUMET, *Droit civil*, t. 2, *Les biens, droits réels principaux*, 5^e éd., Paris : Economica, 2006, coll. « Droit civil », n° 822, p. 497 ; Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les biens*, 6^e éd., Paris : Defrénois-Lextenso éd., 2015, coll. « Droit civil », n° 1121, p. 365). De même plusieurs arrêts de la Cour de cassation retiennent cette qualification (V. Civ., 12 juin 1934, *D.* 1934, 4, p. 410 ; Civ. 3^e, 6 mai 1980, précité). À cet égard, certains auteurs expliquent l'ensemble des droits réels sur la chose d'autrui par la notion de servitudes (V. F. ZÉNATI-CASTAING et T. REVET, *op. cit.*, n° 291, p. 454).

⁸⁶⁸V. J. SCAPEL, *op. cit.*, n° 341, p. 349. L'auteur prend l'exemple de l'obligation de garantie du vendeur (V. *ibidem*, n° 346, p. 352).

fondations, mais toutes les libéralités à caractère collectif⁸⁶⁹. Compte tenu de l'importance de l'affectation des biens en leur sein⁸⁷⁰, il paraît difficile de distinguer entre les charges de fonder et celles grevant les libéralités-participation⁸⁷¹. Si l'affectation participe de la définition de la fondation⁸⁷², elle est plus généralement de l'essence de l'ensemble des libéralités à caractère collectif⁸⁷³. Ensuite, même à se placer du seul côté des charges de fonder, une telle solution ne saurait prospérer. Elle se heurte, en effet, aux fondations avec recours à une personne morale préexistante. Imaginons que celle-ci renonce au legs, il paraîtrait curieux d'imposer aux héritiers, personnes physiques, de fonder sans créer de nouvel établissement. Obligation attachée au bien, elle pèserait de surcroît sur plusieurs générations et constituerait irrémédiablement une substitution fidéicommissaire transgénérationnelle prohibée⁸⁷⁴, pouvant s'appuyer sur une clause d'inaliénabilité perpétuelle qui serait illicite puisqu'imposée à une personne physique⁸⁷⁵. De la même manière, l'État qui recueillerait une succession vacante serait tenu de cette obligation. Outre qu'une telle solution paraît peu opportune, elle risquerait de porter atteinte à sa spécialité. Là encore, rien ne justifie de distinguer selon que la charge de fonder tend à créer un nouvel établissement ou qu'elle est simplement adressée à une personne morale préexistante. Enfin, retenir l'existence d'une obligation *propter rem* conduit à admettre qu'elle suit les biens qu'elle grève en quelques mains qu'ils se trouvent. L'acquéreur des biens dépendant du legs pourrait se voir imposer la charge de fonder, ce qui paraît peu opportun⁸⁷⁶.

Ainsi, il semble préférable de voir dans la personne désignée pour accomplir la charge d'affectation, une simple personne substituée au renonçant.

⁸⁶⁹L'arrêt de la Cour d'appel de Douai du 29 novembre 1893 (précité) n'est pas rendu en matière de charge de fonder. En l'espèce, une testatrice avait légué à un abbé, pour les pauvres, l'immeuble qu'elle habitait. Le légataire a renoncé à la succession. Les juges du fond ont alors décidé que « la renonciation de l'abbé [...] n'entraîne pas la caducité de la charge à laquelle il était tenu par le legs ; qu'il en résulte seulement que la charge doit être acquittée par ceux qui recueillent ». En l'espèce, des légataires universels avaient été désignés. La décision ne précise pas de quelle charge était précisément tenu l'abbé. Après avoir interprété le testament, la Cour d'appel décide que le bénéficiaire de la charge était le bureau de bienfaisance représentant des pauvres de la commune de la testatrice. Il ne s'agit donc pas d'une charge de fonder une œuvre nouvelle au profit des pauvres, mais plutôt d'une charge d'héritité.

⁸⁷⁰V. *supra*, n^{os} 181. et s.

⁸⁷¹Un auteur estime, au contraire, qu'une affectation de bien peut être attachée à une obligation personnelle alors que la charge de fonder représente toujours une obligation réelle (V. C. VERNIÈRES, *op. cit.*, n^o 65, p. 63).

⁸⁷²V. *supra*, n^o 81.

⁸⁷³V. *supra*, n^{os} 167. et s.

⁸⁷⁴C. civ., art. 896. Sur l'interdiction de telles substitutions, V. F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *op. cit.*, n^{os} 610 et s., p. 538 et s.

⁸⁷⁵C. Civ, art. 900-1.

⁸⁷⁶Il ne lui resterait plus que la garantie d'éviction à l'encontre du vendeur (C. civ., art. 1626).

2. L'admission de l'obligation personnelle substituée

L'admission de l'obligation personnelle substituée conduit à découvrir une substitution vulgaire (a). Pour qu'elle soit véritablement efficace, il est nécessaire de l'assortir d'une clause pénale (b).

a. La découverte d'une substitution vulgaire

404. Interprétation et substitution. Plutôt que de chercher dans l'obligation réelle une justification de la charge autonome, il semble que les juges aient davantage recours à l'interprétation du testament pour le rendre efficace malgré la renonciation du légataire. En ce sens, SAVATIER estimait en 1928 que la solution retenue par les juges du fond ne pouvait se justifier en droit que par le seul mécanisme de l'interprétation⁸⁷⁷. Les juges auraient alors cherché à réaliser une substitution vulgaire⁸⁷⁸. Ce faisant cette solution se place dans la lignée de celles cherchant à sauver la désignation irrégulière⁸⁷⁹. Finalement, les juges vont rechercher la personne la plus à même de respecter les dernières volontés du *de cuius*.

C'est en ce sens que peut se comprendre l'arrêt de la Cour de cassation du 14 mai 1991 *Fondation M. et M^{me} Dupré*⁸⁸⁰, généralement cité au soutien de la théorie de la charge réelle⁸⁸¹. En l'espèce, un nouvel établissement devait être constitué par le biais d'une fondation testamentaire directe. Dans un premier arrêt du 22 juillet 1987⁸⁸², la Cour de cassation considéra qu'une telle disposition était nulle comme adressée à une personne inexistante, sur le fondement de l'article 906 du Code civil, conformément à sa jurisprudence séculaire, antérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 4 juillet 1990⁸⁸³. Elle impose alors à la Cour d'appel de renvoi d'interpréter le testament. Celle-ci décide que l'héritière de la fondatrice réalisera cette fondation en découvrant dans le testament une charge de fonder. Selon une méthode classique, l'interprétation du testament permet de mettre à jour une fondation indirecte⁸⁸⁴. Cette décision donna lieu au second arrêt de la Cour de cassation en 1991. La Haute juridiction estime alors que :

⁸⁷⁷R. SAVATIER, note ss T. civ. de la Seine, *D.* 1928, 2, p. 121.

⁸⁷⁸V. *ibidem*.

⁸⁷⁹V. *supra*, n^{os} 392. et s.

⁸⁸⁰Civ. 1^{re}, 14 mai 1991, n^o 90-13.135, *Bull. civ. I*, n^o 159 ; *D.* 1992, p. 149, note E. AGOSTINI.

⁸⁸¹V. C. VERNIÈRES, *op. cit.*, n^o 74, p. 71 ; C. BAHUREL, *op. cit.*, n^o 337, p. 221.

⁸⁸²Civ. 1^{re}, 22 juillet 1987, n^o 85-13 907, *Bull. civ. I*, n^o 258 ; *Gaz. Pal.* 1988, n^o 1, p. 137, note E.-S. de LA MARNIÈRE.

⁸⁸³V. *supra*, n^o 94.

⁸⁸⁴V. *supra*, n^o 95.

par une *interprétation souveraine* de la portée du testament, [...] la cour d'appel [...] a [pu] déduire, *hors toute dénaturation*, qu'il appartenait à la sœur de [la testatrice], *investie, comme seule héritière légitime, de la saisine sur l'universalité de l'hérédité* d'assurer l'exécution des dernières volontés de son auteur⁸⁸⁵.

Il ressort de cette décision que l'élément le plus important ayant guidé les magistrats n'est pas tant le fait que la personne désignée succède, et donc soit propriétaire des biens dépendant de la succession. Au contraire, les juges insistent sur le fait que cette dernière jouissait *de la saisine héréditaire sur l'universalité de ces derniers*. Or, cette saisine lui était reconnue, sous l'empire de la loi ancienne, du fait de sa qualité d'héritière légitime⁸⁸⁶. Une telle solution ne surprend pas. En vertu de la saisine, la sœur de la testatrice avait, en effet, la faculté d'appréhender immédiatement les biens de la succession⁸⁸⁷. Elle se présentait donc comme la personne la plus apte à fonder le nouvel établissement voulu par le *de cuius*. De surcroît, le lien entre la saisine et la création d'un nouvel établissement a été repris depuis. Ainsi, après avoir reconnu la validité de la fondation testamentaire directe, le législateur de 1990 a prévu que la personne chargée de réaliser les formalités nécessaires serait investie de la « saisine sur les meubles et immeubles légués. »⁸⁸⁸ En d'autres termes, la reconnaissance de la saisine à la personne chargée de fonder facilite la constitution du nouveau groupement.

Plutôt que de découvrir une charge réelle autonome dans le testament, les juges préfèrent interpréter ce dernier comme contenant une substitution vulgaire. Reste que pour être efficace, celle-ci doit être assortie d'une clause pénale.

b. La découverte d'une clause pénale

405. Clause pénale et exhérédation. Une difficulté est inhérente à l'obligation personnelle adossée à un legs substitué au profit des héritiers. Il suffit pour eux de renoncer à ce dernier pour recevoir la succession en vertu de leur vocation *ab intestat* libre de toutes conditions et charges⁸⁸⁹. De prime abord, le recours à l'obligation réelle permet de contourner cette difficulté puisqu'elle pèse sur les héritiers en tant que propriétaires de l'hérédité⁸⁹⁰. Cette

⁸⁸⁵Nous soulignons.

⁸⁸⁶C. civ., art. 724, anc.

⁸⁸⁷V. F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *op. cit.*, n° 798, p. 715.

⁸⁸⁸L. n° 87-571 du 23 juillet 1987, art. 18-2, al. 5. Sur cette question, V. *supra*, n° 97.

⁸⁸⁹Sur ces difficultés et sur la question de la sanction de la méconnaissance de la charge par l'héritier, V. E. AGOSTINI, note ss Civ. 1^{re}, 14 mai 1991, *D.* 1992, p. 149

⁸⁹⁰V. C. VERNIÈRES, *op. cit.*, n° 73, p. 69.

difficulté n'en est pas moins surmontable. À cet égard, une décision rendue en matière de legs de la chose d'autrui est particulièrement instructive. Bien qu'une telle stipulation soit prohibée par l'article 1021 du Code civil, la jurisprudence s'emploie, là encore, à la sauver⁸⁹¹.

En ce sens, un arrêt du 9 octobre 1961 reproche aux juges du fond de ne pas avoir recherché si la disposition « ne pouv[ait] s'analyser en une charge de la succession, imposée sous la sanction d'une clause pénale »⁸⁹². *Une telle clause pénale n'est rien d'autre qu'une clause d'exhérédation*⁸⁹³, visant à s'assurer du respect de la volonté du testateur. Or, la validité de telles clauses en matière de donation et de legs ne présente aucune difficulté. D'une part, la Cour de cassation a pu affirmer qu'« une clause pénale ne peut être valablement insérée dans une libéralité, et pour assurer l'exécution de ses dispositions, que lorsque celles-ci sont licites et ne touchent qu'à des intérêts privés »⁸⁹⁴. Ainsi, chaque fois que la charge est licite, elle peut être sanctionnée par une clause pénale. D'autre part, le législateur, en prohibant spécialement les clauses qui interdisent la révision d'une charge grevant une libéralité⁸⁹⁵, admet implicitement la licéité de principe des autres clauses pénales.

406. Clause pénale et substitution. En léguant l'ensemble de ses biens à une œuvre, le légataire a implicitement exhéredé ses héritiers *ab intestat* dans la limite de leur réserve héréditaire. En substituant au groupement renonçant les héritiers du disposant, il est possible de reconnaître également l'existence, par le jeu de l'interprétation, d'une clause d'exhérédation en cas de non-respect de la charge. Il n'en demeure pas moins que, si l'héritier *ab intestat* ne reçoit rien de la succession ou seulement sa part de réserve héréditaire, il ne craint pas une telle sanction et n'a aucun intérêt à respecter les intentions du testateur. Le recours à la charge réelle ne permet pas de meilleurs résultats⁸⁹⁶. Au contraire, lorsque l'héritier recueille une portion de la quotité disponible, une telle solution est particulièrement contraignante.

⁸⁹¹Sur cette interdiction, V. M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1156, p. 109 et s. Un auteur, favorable à la charge réelle, explique la jurisprudence rendue en la matière, une nouvelle fois, sous le prisme de l'obligation *propter rem* (V. C. BAHUREL, *op. cit.*, n° 328, p. 215. *Contra* C. VERNIÈRES, *op. cit.*, n° 75, p. 71 et s.).

⁸⁹²Civ. 1^{re}, 9 octobre 1961, *Bull. civ.* I, n° 442.

⁸⁹³Sur ces clauses, V. F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *op. cit.*, n° 360, p. 332. Pour un auteur, une clause d'exhérédation ne saurait être qualifiée de clause pénale (V. D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, préf. F. CHABAS, PARIS : LGDJ, 1992, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 223, nos 252 et s., p. 137 et s.).

⁸⁹⁴V. Civ. 1^{re}, 10 mars 1970, n° 68-13.205, *Bull. civ.* I, n° 89 ; *D.* 1970, p. 584.

⁸⁹⁵C. civ., art. 900-8. V. *infra*, n° 414.

⁸⁹⁶L'héritier a tout intérêt à renoncer à la succession.

407. Conclusion de la Section. Chaque fois que l'exécution des dernières volontés s'avère impossible du fait de la personne désignée, les juges du fond s'emploient à interpréter le testament. Parfois, la désignation du bénéficiaire est imparfaite, les stipulations sont obscures et l'interprétation est inévitable. Plus souvent, les stipulations sont claires et précises. Lorsque la désignation qui en résulte est inefficace du fait de l'inexistence du groupement, de son inaptitude, de son incapacité, ou de son refus de recevoir le legs, les juges du fond s'emploient à désigner la personne la plus apte pour réaliser le projet souhaité par le testateur. Bien qu'un tel raisonnement réalise incontestablement une dénaturation des termes clairs et précis du testament, le procédé a l'aval de la Cour de cassation. Chaque fois, une substitution vulgaire est découverte.

À côté des difficultés d'exécution qui sont présentes dès l'origine, d'autres apparaissent à la suite d'un changement de circonstances. Dans ce cas, la procédure de révision des charges permet de contourner ces difficultés.

Section II. La révision des affectations impossibles du fait d'un changement de circonstances

408. Difficultés des charges à exécution successive. Les libéralités à caractère collectif sont grevées de charges d'intérêt collectif⁸⁹⁷ expresses ou tacites⁸⁹⁸. De telles obligations peuvent être à *exécution successive*⁸⁹⁹, que l'affectation soit prévue pour durer ou qu'elle soit assortie d'une obligation de ne pas disposer des biens⁹⁰⁰. L'exécution de ces charges peut présenter au cours du temps certaines difficultés. L'évolution des circonstances, notamment économiques, politiques, et juridiques, peut conduire à rendre l'exécution des obligations difficile, voire impossible⁹⁰¹. En réalité, la question de l'inadaptation des charges à l'évolution du temps renvoie à deux hypothèses bien précises : soit « les biens donnés ou les revenus

⁸⁹⁷Certains auteurs doutent de l'application des articles 900-2 et suivants du Code civil aux charges stipulées dans l'intérêt du disposant (V. B. ANCEL et A. HARMAND-LUQUE, *J.-Cl. civil code*, art. 900-2 à 900-8, fasc. unique : « Donations et testaments – révision des conditions et charges imposées à certaines libéralités », n° 13). Dans un ordre d'idée différent, un auteur estime que ce texte s'applique aux seules charges philanthropiques et à celles stipulées dans l'intérêt d'un tiers, (V. C. WITZ, « La révision des charges et conditions en matière de libéralité après la loi du 4 juillet 1984 », *D.* 1985, p. 101 et s., n° 10).

⁸⁹⁸V. *supra*, n°s 181. et .

⁸⁹⁹Sur la difficulté de qualifier certaines charges, V. B. ANCEL et A. HARMAND-LUQUE, *op. cit.*, n° 11.

⁹⁰⁰V. *supra* n° 183. et s.

⁹⁰¹La loi du 30 octobre 1886 sur l'enseignement en est une parfaite illustration. Au lendemain de son entrée en vigueur, l'exécution des charges d'enseignement confessionnel adressées aux communes est devenue totalement impossible.

deviennent insuffisants pour financer la charge », soit celle-ci « ne correspond plus aux besoins actuels »⁹⁰².

Seule la révision des charges peut permettre de contourner de telles difficultés d'exécution. Une loi du 4 juillet 1984 a prévu plusieurs procédures de révision des charges grevant des libéralités⁹⁰³, ce qui crée un doute sur la possibilité de révisions en dehors des procédures instituées. Sous l'empire du droit antérieur, en effet, la jurisprudence a pu interpréter le testament afin de modifier les charges initiales. En outre, il était admis que les charges puissent être révisées à la suite d'un accord amiable entre le légataire et les héritiers. Ces mécanismes ont certainement survécu.

Finalement, la révision des charges peut avoir lieu au sein de la loi du 4 juillet 1984 (§1) ou en dehors de cette loi (§2).

§1. La révision des charges au sein de la loi du 4 juillet 1984

Le contexte de la loi du 4 juillet 1984 (A) est tout aussi important que les solutions retenues (B).

A. Le contexte de la loi du 4 juillet 1984

409. Refus de la révision pour imprévision. Le droit commun en matière de changement des circonstances est bien connu : l'arrêt de la Chambre civile du 6 mars 1876 *Canal de Craponne* refuse aux tribunaux la possibilité « de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer les clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants »⁹⁰⁴. La solution est classique⁹⁰⁵,

⁹⁰²V. J. GROSCLAUDE, « L'adaptation par les personnes publiques des charges attachées aux libéralités », *JCP G* 1980, I. 2990, n° 4. Sur l'inadaptation de la charge à la situation contemporaine, V. C. WITZ, art. précité, n° 1.

⁹⁰³L. n° 84-562 du 4 juillet 1984.

⁹⁰⁴V. Civ., 6 mars 1876 ; H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et F. CHÉNÉDÉ, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, *Obligations, contrats spéciaux, sûretés*, 13^e éd., Paris : Dalloz, 2015, coll. « Grands arrêts », n° 165, p. 172 et s. Déjà en ce sens, V. Civ., 9 janvier 1856, *D.* 1956, 1, p. 33 ; Civ., 11 mars 1856, *D.* 1856, 1, p. 100. Réitérée ensuite, V. Civ., 6 juin 1921, *D.* 1921, 1, p. 73 ; Civ., 30 mai 1922, *D.* 1922, 1, p. 69. Plus récemment, V. Com., 18 décembre 1979, n° 78-10.763, *Bull. civ.* IV, n° 339 ; *RTD civ.* 1980, p. 80, obs. G. CORNU.

⁹⁰⁵Cette solution est critiquée (V. H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et F. CHÉNÉDÉ, *op. cit.*, n° 5 et s.). Elle a été tempérée par la jurisprudence depuis (V. F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil : Les obligations*, 11^e éd., Paris : Dalloz, 2013, coll. « Précis. Droit privé », n° 467, p. 517). L'avant-projet de réforme du droit des obligations pourrait consacrer une obligation de renégocier le contrat (V. Projet d'ordonnance pris en application de la loi n° 2015-177 du 16 février 2015 habilitant le gouvernement à réformer le droit commun des contrats, le régime des obligations et le droit de la preuve, art. 1196).

quoique différente devant le juge administratif⁹⁰⁶. Le droit civil français rejette la révision judiciaire pour imprévision. Les conventions ont force de loi entre les parties qui les ont faites, au sens de l'article 1134 du Code civil ; elles ne peuvent être modifiées que par *mutuus consensus*.

410. Adaptation au refus. La rigidité d'une telle solution est difficilement admissible en matière de libéralités *sub modo*⁹⁰⁷, et ce d'autant plus que les difficultés d'exécution se révèlent, trop souvent, longtemps après le décès du disposant. Aucune modification conventionnelle des charges n'est possible, sauf à admettre que les héritiers puissent se substituer au *de cuius*⁹⁰⁸. Cependant, ils y seront peu enclins⁹⁰⁹. Fort de ce constat, la jurisprudence a, dans un premier temps, essayé d'aboutir à une issue différente sur le terrain de l'interprétation des intentions du disposant. Sous couvert d'interpréter celles-ci, elle a autorisé l'adaptation des charges stipulées⁹¹⁰. Encore ne fallait-il pas que la charge initiale soit vue comme la cause impulsive et déterminante de la libéralité⁹¹¹.

Parallèlement, le Parlement est intervenu à plusieurs reprises pour autoriser ponctuellement la révision des charges grevant certaines libéralités⁹¹². D'abord, le législateur a mis en place des régimes de faveur à destination des seules personnes morales de droit public en permettant à l'autorité administrative de procéder à une réduction des charges⁹¹³. Puis une loi, à vocation générale, est venue prévoir la possibilité, pour toutes les personnes morales possédant la capacité de recevoir des dons et legs, d'être autorisées soit à modifier la périodicité des attributions prévues par le disposant, soit à regrouper en une seule attribution les revenus provenant de libéralités assorties de charges analogues⁹¹⁴. Cette révision des charges était

⁹⁰⁶V. CE, 30 mars 1916, *Gaz de Bordeaux* ; M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, et al., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 20^e éd., Paris : Dalloz, 2015, coll. « Grands arrêts », n° 29, p. 170 et s.. Précisant cette jurisprudence, V. CE, 9 décembre 1932, *Cie des Tramways de Cherbourg*, D. 1933, 3, p. 17 ; CE, 14 juin 2000, *Commune de Staffelfelden*, n° 184722 ; *LPA* 2000, n° 245, note L. JÉGOUZO-VIÉNOT ; *Contrats-Marchés publ.* 2000, comm. 15, note P. SOLER-COUTEAUX.

⁹⁰⁷V. B. ANCEL et A. HARMAND-LUQUE, *op. cit.*, n° 3.

⁹⁰⁸V. *infra* nos 426. et s.

⁹⁰⁹Un auteur évoque même « les mobiles suspects » des héritiers en ce que « le souci déclaré de veiller au respect de la volonté du disposant masque mal le désir de récupérer des biens jadis détournés de leur destination familiale ; pour des héritiers souvent lointains, l'inexécution de la charge n'est pas un scandale à faire cesser, mais une aubaine à saisir » (V. M. GRIMALDI, *Droit civil : Libéralités, partages d'ascendants*, Paris : Litec, 2000, n° 1410, p. 314). Un second auteur remarque que la propension des héritiers, à demander la révocation plutôt que l'exécution de la charge, est une manifestation supplémentaire d'intérêts que poursuivent ces derniers (V. C. WITZ, art. précité, n° 5).

⁹¹⁰Sur cette jurisprudence, V. M. GRIMALDI, *op. cit.*, note n° 44, ss n° 1410, p. 313 ; J. GROSCLAUDE, art. précité, nos 13 et s.

⁹¹¹Sur la part d'arbitraire de ces décisions, V. C. WITZ, art. précité, n° 4.

⁹¹²Pour une étude en Histoire du droit et en droit comparé de cette problématique, V. J. GROSCLAUDE, art. précité, nos 2 et s. ; C. WITZ, art. précité, n° 2.

⁹¹³Pour une étude précise des différentes législations, V. J. GROSCLAUDE, art. précité, nos 5 et s., nos 27 et s., et nos 48 et s.

⁹¹⁴L. n° 54-305 du 20 mars 1954..

opérée par l'autorité administrative⁹¹⁵. Il en résultait une différence de traitement entre les personnes morales de droit privé et de droit public. Celle-ci s'est accentuée lorsque le législateur a permis la mainlevée des clauses d'inaliénabilité grevant les libéralités adressées aux seules personnes physiques⁹¹⁶.

411. La loi du 4 juillet 1984. Face à la situation bien peu avantageuse dans laquelle se trouvaient les personnes morales de droit privé, Jean FOYER déposa une proposition de loi auprès de l'Assemblée nationale visant à permettre l'adaptation judiciaire des charges grevant les libéralités qui leur étaient adressées. Rapidement, il a été suggéré d'étendre cette possibilité aux personnes physiques⁹¹⁷, puis aux personnes morales de droit public⁹¹⁸. Ce faisant, la loi du 4 juillet 1984 a inséré au sein du Code civil un régime de révision des charges grevant les libéralités, aux articles 900-2 et suivants⁹¹⁹. Parallèlement, elle a abrogé les différents régimes spéciaux antérieurs. Le juge judiciaire devient alors seul compétent pour connaître des actions en révision des charges⁹²⁰.

Toutefois, il peut être regretté que le législateur n'ait pas profité de l'occasion pour édifier un régime unitaire. D'abord, la loi ne revient pas sur l'impossibilité opposée aux personnes morales, récemment confirmée par la Cour de cassation⁹²¹, d'obtenir la mainlevée d'une clause d'inaliénabilité sur le terrain de l'article 900-1 du Code civil. Attachée à une libéralité adressée à une personne morale, la clause d'inaliénabilité ne peut être modifiée que sur le terrain des articles 900-2 et suivants dudit Code et selon les conditions posées par ces textes. Ensuite, la loi retient des règles spéciales s'agissant des libéralités adressées à l'État, à ses établissements publics et aux établissements publics de santé.

En d'autres termes, la loi de 1984 consacre deux régimes distincts de révision des charges qu'il convient de présenter.

⁹¹⁵V. J. GROSCLAUDE, art. précité, n° 63.

⁹¹⁶C. civ., art. 900-1, al. 1^{er} *in fine*, introduit par L. n° 71-526 du 3 juillet 1971.

⁹¹⁷V. JO AN CR 1980, n° 57, p. 2612.

⁹¹⁸V. JO Sénat CR 1984, n° 15, p. 374 et 377.

⁹¹⁹L. n° 84-562 du 4 juillet 1984.

⁹²⁰Sur les difficultés nées de la compétence des juges judiciaire et administratif sous l'empire du droit antérieur, V. J. GROSCLAUDE, art. précité, n° 94 et s.

⁹²¹V. Civ. 1^{re}, 23 janvier 2008, n° 06-16.120, *Bull. civ. I*, n° 19 ; *Defrénois* 2008, p. 971 et s., note Ph. MALAURIE. *Contra* CA Aix-en-Provence, 9 avril 1993, *juris-data*, n° 1993-045313. La Cour d'appel retient que si le premier alinéa de l'article 900-1 du Code civil ne s'applique pas aux personnes morales pour la limitation de la durée de la clause, les personnes morales « ne sont pas privées de la possibilité de demander la révision judiciaire de cette charge dans les cas prévus par le premier alinéa de cet article ». Pour une critique de la solution retenue par la Haute juridiction, V. A. SÉRIAUX, *J.-Cl. civil code*, art. 900-1, fasc. unique : « Libéralités – Dispositions générales – Clauses d'inaliénabilité », n° 23. *Contra* M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1409, p. 311.

B. Les solutions retenues par la loi du 4 juillet 1984

Le législateur de 1984 a créé deux régimes distincts de révision des charges : le premier de droit commun aux articles 900-2 et suivants du Code civil (1) ; le second de droit spécial reposant sur une révision amiable préalable (2).

1. La révision de droit commun : les articles 900-2 et suivants du Code civil

De très nombreuses études ont déjà été consacrées au régime de révision des charges instauré par la loi de 1984⁹²². Il n'est donc pas nécessaire d'y dévouer d'importants développements, même si la jurisprudence rendue en matière de personne morale est intarissable. Seules les grandes lignes de l'action en révision seront présentées, tant au regard de ses conditions d'ouverture (a), que de ses effets (b).

a. Les conditions d'ouverture de l'action en révision

Les articles 900-2 et suivants du Code civil posent deux séries de conditions : certaines de fond (i), d'autres de procédure (ii).

i. Les conditions de fond

412. Les difficultés d'exécution de la charge par le gratifié. Aux termes de l'article 900-2 du Code civil :

Tout gratifié peut demander que soient révisées en justice les conditions et charges grevant les donations ou legs qu'il a reçus, lorsque, par suite d'un changement de circonstances, l'exécution en est devenue pour lui soit extrêmement difficile, soit sérieusement dommageable.

⁹²²V. notamment B. ANCEL et A. HARMAND-LUQUE, *J.-Cl. civil code*, art. 900-2 à 900-8, fasc. unique : « Donations et testaments – révision des conditions et charges imposées à certaines libéralités » ; C. WITZ, « La révision des charges et conditions en matière de libéralité après la loi du 4 juillet 1984 », *D.* 1985, p. 101 et s. ; F. BOULANGER, « La loi du 4 juillet 1984 sur la révision des charges dans les libéralités », *JCP G* 1985, I. 3177 ; M. GRIMALDI, *op. cit.*, n^{os} 1411 et s., p. 314 et s. ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Droit civil : Les successions, les libéralités*, 4^e éd., Paris : Dalloz, 2014, coll. « Précis. Droit privé », n^{os} 364 et s., p. 335 et s.

L'action est donc refusée aux héritiers⁹²³. En outre, une telle action n'est ouverte qu'en présence de certaines circonstances.

D'abord, l'adaptation judiciaire repose sur la théorie de l'imprévision et implique un *changement de circonstances*⁹²⁴. En d'autres termes, lorsque la difficulté d'exécution est apparue dès le moment de l'acceptation de la libéralité, l'action est fermée. Le changement de circonstances doit lui être postérieur⁹²⁵. Il faut une aggravation de la charge⁹²⁶. En revanche, il importe peu que le changement soit antérieur à la mort du disposant en cas de donation entre vifs ou qu'il ait été imprévisible⁹²⁷.

Ensuite, il doit résulter de ce changement que l'exécution de la charge est extrêmement difficile ou sérieusement dommageable. Une certaine lourdeur de la charge doit être constatée⁹²⁸. Dans le premier cas, malgré ses diligences, le gratifié n'est pas en mesure de respecter la charge pesant sur lui, sans pour autant que son exécution soit devenue impossible⁹²⁹. Dans le second cas, le respect de la charge est devenu trop onéreux⁹³⁰. Les juges du fond apprécient souverainement ces éléments⁹³¹. Pour ce faire, ils retiennent une approche *in concreto* mais objective de la situation du gratifié⁹³². En tout état de cause, le demandeur doit justifier des diligences effectuées pour exécuter ses obligations⁹³³. Finalement, *la seule circonstance que l'exécution de la charge est devenue inutile est insuffisante pour obtenir sa révision*⁹³⁴. Il est possible de le regretter : une fondation créée au milieu du XIX^e siècle pour lutter contre la rage ne pourrait pas obtenir la révision de son objet par exemple. La désuétude de l'affectation était, pourtant, l'un des principaux reproches de TURGOT à l'égard des fondations⁹³⁵.

⁹²³V. CA Paris, 3 décembre 2002, *juris-data* n° 2002-213004. Pour des auteurs, l'action est ouverte aux créanciers par la voie oblique, sauf si la prestation doit nécessairement être fournie par le gratifié (V. B. ANCEL et A. HARMAND-LUQUE, *op. cit.*, n° 57).

⁹²⁴Un lien d'objectivité entre les circonstances du changement et l'exécution de la prestation devrait être caractérisé (V. B. ANCEL et A. HARMAND-LUQUE, *op. cit.*, n°s 18 et s. ; *adde* F. BOULANGER, art. précité, n° 8).

⁹²⁵V. B. ANCEL, A. HARMAND-LUQUE, *op. cit.*, n° 23 ; C. WITZ, art. précité, n° 14.

⁹²⁶V. M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1411, p. 315.

⁹²⁷V. B. ANCEL et A. HARMAND-LUQUE, *op. cit.*, n° 24-25 ; C. WITZ, art. précité, n° 14.

⁹²⁸V. M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1411 p. 314.

⁹²⁹Sur la question de l'appréciation de l'extrême difficulté et sur l'appréhension par la jurisprudence du point de savoir si cette notion renvoie ou non à l'impossibilité, V. B. ANCEL et A. HARMAND-LUQUE, *op. cit.*, n° 28.

⁹³⁰Sur la jurisprudence rendue sur ce critère, V. *ibidem*, n° 29.

⁹³¹V. JO Sénat CR 1984, n° 15, p. 376. *Addé* Civ. 1^{re}, 12 décembre 2000, n° 98-16.719, *Inédit*. La Cour de cassation exerce un contrôle de motivation des juges du fond (V. Civ. 1^{re}, 6 avril 1994, n° 92-12.844, *Bull. civ. I*, n° 140).

⁹³²V. B. ANCEL et A. HARMAND-LUQUE, *op. cit.*, n° 27 ; C. WITZ, art. précité, n° 15.

⁹³³C. civ., art. 900-5, al. 2. Pour une illustration, V. Civ. 1^{re}, 6 avril 1994, précité. En l'espèce, une commune instituée légataire universelle à charge d'affecter un immeuble à une école demande la révision de la charge. La Cour de cassation relève que les juges du fond ont constaté que la commune ne justifie d'aucune diligence pour respecter la charge depuis une vingtaine d'années. La demande en révision est rejetée et la libéralité révoquée.

⁹³⁴Une hypothèse demeure en dehors des prévisions légales : celle dans laquelle l'intérêt général, par suite d'un changement de circonstances, commanderait une modification des charges, sans que pour autant leur exécution réponde aux exigences posées (V. C. WITZ, art. précité, n° 17).

⁹³⁵V. D. DIDEROT et J. d'ALEMBERT, *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, t. 14, Lausanne et Berne : chez les sociétés typographiques, 1781, v° *Fondations* ; G. SCHELLE (éd.), *Œuvres de*

413. Obstacle à la révision : le délai d'épreuve de dix ans. La réunion de ces conditions est insuffisante pour ouvrir droit à l'action en révision. L'article 900-5 du Code civil prévoit, en effet, une fin de non-recevoir : l'action ne peut être initiée qu'à l'issue d'un *délai « d'épreuve » de dix ans à compter du décès du disposant*, pendant lequel le gratifié doit avoir fait preuve de diligences⁹³⁶. Ce faisant, un point de départ unique est retenu nonobstant la nature de la libéralité ou la date de l'acceptation du legs. De la même manière, lorsque le juge a procédé à une révision, une nouvelle demande ne peut être formée qu'après un nouveau délai de dix ans.

Certains auteurs estiment que ce délai doit être articulé avec celui prévu en matière de prescription par l'article 2224 du Code civil. L'action serait alors prescrite si elle est intentée plus de cinq ans après le changement de circonstances⁹³⁷. La question de la computation de ces délais ne se poserait que lorsque la demande en révision est intentée par voie d'action. Elle peut également être soulevée par voie d'exception à l'encontre d'une action en exécution ou en révocation formée contre le débiteur de la charge. Dans ce cas, l'action en révision serait imprescriptible. Il n'en demeure pas moins qu'une telle demande reconventionnelle ne pourrait pas être présentée avant l'écoulement du délai d'épreuve de dix ans, ce qui constitue une importante limite face aux prétentions des ayants-cause du *de cuius*⁹³⁸.

Soumettre l'action en révision à un délai de prescription n'a, néanmoins, rien d'évident. L'ancien article 2219 du Code civil définissait la prescription comme « un moyen d'acquiescer ou de se libérer par un certain laps de temps, et sous les conditions déterminées par la loi. » Nécessaire à l'ordre social⁹³⁹, la prescription est un instrument au service de la sécurité juridique⁹⁴⁰. Or, la prescription de l'action en révision ne libérerait personne ; elle ne sert les intérêts ni du disposant, ni des héritiers, ni davantage ceux de la société. L'action en révision des charges ne devrait pas être enfermée dans un délai de prescription.

En tout état de cause, à admettre que l'action en révision soit soumise à la prescription, il est évident que ce délai doit être suspendu pendant le délai d'épreuve. Le gratifié se trouve dans

Turgot et documents le concernant, t. 1, Paris : Libraire F. Alcan, 1913, p. 584.

⁹³⁶Selon une expression empruntée à B. ANCEL et A. HARMAND-LUQUE (*V. op. cit.*, n° 64).

⁹³⁷*V. ibidem*, n° 63.

⁹³⁸Pour une critique de cette solution, V. C. WITZ, art. précité, n° 17. Dans ce cas, le gratifié ne peut qu'obtenir un délai de grâce conformément au droit commun (V. B. ANCEL et A. HARMAND-LUQUE, *op. cit.*, n° 64).

⁹³⁹BIGOT de PRÉAMENEU déclarait « de toutes institutions de droit civil, la prescription est la plus nécessaire à l'ordre social » (V. P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, t. 15, Paris : Videcoq, 1836, p. 573).

⁹⁴⁰V. J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil : Les obligations, régime général*, 3^e éd., Paris : Economica, 2013, coll. « Corpus droit privé », n° 140, p. 138.

la situation de celui qui est empêché d'agir⁹⁴¹. Reste que le nouveau délai butoir de vingt ans, prévu par l'article 2232 du Code civil, pourrait poser des difficultés supplémentaires chaque fois que la libéralité a été réalisée entre vifs et que le changement de circonstances s'est révélé plus de dix ans avant le décès du disposant. Dans ce cas, toute action en révision pourrait s'avérer impossible⁹⁴², ce qui n'est pas souhaitable.

414. La possible clause pénale ? Pour finir, l'article 900-8 du Code civil dispose qu'« est réputée non écrite toute clause par laquelle le disposant prive de la libéralité celui qui mettrait en cause la validité d'une clause d'inaliénabilité ou demanderait l'autorisation d'aliéner ». Cette disposition correspondait initialement au second alinéa de l'article 900-1 du Code civil. Si la lettre du texte vise uniquement les clauses d'inaliénabilité, les auteurs défendent une lecture extensive de cette disposition. Ils prescrivent que le régime de révision est d'ordre public en présence d'une clause de révocation expresse en cas d'inexécution des charges ou d'une simple clause pénale privant le bénéficiaire de la libéralité en cas d'action en révision⁹⁴³. Pour autant, une application de ce texte par analogie n'est pas certaine. Si le législateur de 1984 a, en effet, décidé de le déplacer au sein des règles sur la révision des charges, c'est pour permettre aux personnes morales de profiter d'un texte jusqu'alors réservé aux seules personnes physiques⁹⁴⁴. Ce faisant, le législateur était nécessairement conscient de l'absence de texte similaire pour sanctionner une clause d'exhérédation fondée sur une demande de révision d'une charge autre qu'une clause d'inaliénabilité. Il pouvait aisément adopter un amendement tendant à condamner les clauses pénales plus largement. Son abstention peut être interprétée comme un refus de faire des articles 900-2 et suivants, un régime d'ordre public. Surtout, la révision des charges doit respecter les volontés, fussent-elles présumées, du disposant. La révision ne saurait être imposée contre celles-ci. L'action en révision ne devrait pas être reconnue comme étant d'ordre public.

À côté des conditions de fond, le législateur a également prévu des conditions de procédure.

⁹⁴¹Dans le même sens, V. B. ANCEL et A. HARMAND-LUQUE, *op. cit.*, n° 64 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *op. cit.*, n° 370, p. 340.

⁹⁴²La portée véritable de ce texte reste à déterminer (V. F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 1487, p. 1526).

⁹⁴³V. H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 4, *Successions, Libéralités*, 5^e éd. par L. LEVENEUR et S. MAZEAUD-LEVENEUR, Paris : Montchrestien, 1999, n° 1412-3, p. 606 ; M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1414, p. 321 ; B. ANCEL et A. HARMAND-LUQUE, *op. cit.*, n° 69 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *op. cit.*, n° 371, p. 341. Comp. C. WITZ, art. précité, n° 24.

⁹⁴⁴V. JO Sénat CR 1984, n° 15, p. 376 et 378.

ii. Les conditions de procédure

415. Les défendeurs à l'action en révision. Le lien entre l'action en révision des charges et l'action en révocation des libéralités pour inexécution de celles-ci est évident. L'article 900-3 du Code civil le met en lumière lorsqu'il affirme que l'action peut être formée par voie reconventionnelle « en réponse à l'action en exécution ou en révocation que les héritiers du disposant ont introduite. » Lorsqu'elle est formée par voie principale, l'action doit être initiée « contre les héritiers ; elle l'est en même temps contre le ministère public s'il y a doute sur l'existence ou l'identité de certains d'entre eux ; s'il n'y a pas d'héritier connu, elle est formée contre le ministère public. Celui-ci doit, dans tous les cas, avoir communication de l'affaire »⁹⁴⁵. La notion d'héritier doit être largement entendue. L'action en révision pourrait bien devoir être intentée à l'encontre d'un légataire universel⁹⁴⁶.

416. Des conditions de publicité lourdes. L'article 900-3 du Code civil prévoit qu'en l'absence d'héritier connu ou de certitude sur ces derniers, l'action doit être intentée contre le ministère public. Afin de diminuer autant que possible les contours de cette hypothèse, le législateur a mis en place des règles de publicité spéciales pour avertir les ayants-cause intéressés par l'action en révision. La Cour de cassation a récemment précisé que de telles mesures n'étaient pas imposées lorsque la demande en révision était formée par voie reconventionnelle en réponse à l'action en révocation ou en exécution⁹⁴⁷.

À peine de nullité de l'assignation, le demandeur doit respecter certaines prescriptions prévues par un décret du 19 octobre 1984⁹⁴⁸ : un avis doit être publié dans un journal d'annonces légales⁹⁴⁹. De surcroît, le tribunal peut, s'il le juge utile, ordonner une mesure de publicité complémentaire avant de statuer⁹⁵⁰. De la même manière, il peut imposer la publicité

⁹⁴⁵La doctrine est divisée sur la nature gracieuse ou contentieuse de l'action en révision. Il a pu être défendu que l'action n'est contentieuse qu'en cas de contestations des héritiers (V. C. WITZ, art. précité, n° 20). D'autres auteurs estiment qu'elle l'est en toute hypothèse (V. B. ANCEL et A. HARMAND-LUQUE, *op. cit.*, n° 75 et s. ; A. SÉRIAUX, *J.-Cl. civil code*, art. 900-1, fasc. unique : « Libéralités – Dispositions générales – Clauses d'inaliénabilité », n° 25).

⁹⁴⁶V. CA Paris, 3 décembre 2002, précité.

⁹⁴⁷V. Civ. 1^{re}, 28 janvier 2015, n° 13-27.125, à paraître ; *AJ Famille* 2015, p. 167 obs. J. CASEY.

⁹⁴⁸D. n° 84-943 du 19 octobre 1984, art. 1^{er}.

⁹⁴⁹Le demandeur doit le faire publier dans un journal diffusé dans le département du dernier domicile ou de la dernière résidence connue en France du disposant six mois au plus avant l'assignation et trois mois au moins après celle-ci. Sur les difficultés nées de l'hypothèse dans laquelle le disposant n'a jamais eu ni domicile, ni résidence en France, V. B. ANCEL et A. HARMAND-LUQUE, *op. cit.*, n° 74.

⁹⁵⁰D. n° 84-943 du 19 octobre 1984, art. 2.

de la décision rendue⁹⁵¹. La tierce opposition n'en est pas moins encadrée ; elle n'est ouverte qu'à de strictes conditions : la fraude imputable au donataire ou au légataire⁹⁵².

Si les conditions de l'ouverture de l'action en révision sont scrupuleusement encadrées, il en va de même de ses effets.

b. Les effets de l'action en révision

417. De larges pouvoirs. L'article 900-4 du Code civil reconnaît un large pouvoir au juge judiciaire allant bien au-delà des prérogatives reconnues à l'autorité administrative sous l'empire du droit antérieur⁹⁵³. Le juge peut tout aussi bien réduire la charge, en quantité ou périodicité, que regrouper plusieurs libéralités avec des prestations analogues bien qu'elles aient été reçues de disposants distincts⁹⁵⁴. Il est également autorisé à modifier l'objet de la libéralité en s'inspirant des intentions du disposant⁹⁵⁵. Ce faisant, le législateur reconnaît au juge un véritable pouvoir de réfaction de la libéralité⁹⁵⁶. Pour ce faire, ce dernier est tenu de s'inspirer des intentions du disposant, et non de les respecter, ce qui constitue un glissement par rapport au droit antérieur⁹⁵⁷. Enfin, le juge a la faculté d'ordonner l'aliénation du bien et le remploi du prix – jeu de la subrogation réelle⁹⁵⁸ – selon des fins en rapport avec la volonté du disposant⁹⁵⁹.

Finalement, le juge est « habilité à construire à partir d'éléments nouveaux, le système appelé à succéder à celui bâti par l'acte initial de libéralité. Cette reconstruction judiciaire sanctionne l'autonomie de la charge à l'égard de la volonté du disposant »⁹⁶⁰ au point que « le respect de la volonté initiale du testateur risque de n'être qu'une référence pieuse »⁹⁶¹. Pourtant, un

⁹⁵¹D. n° 84-943 du 19 octobre 1984, art. 3.

⁹⁵²C. civ., art. 900-6, al. 1^{er}.

⁹⁵³Un auteur relève que les nouveaux textes « poussent assez loin l'interventionnisme judiciaire » (V. F. BOULANGER, art. précité, n° 9). Cependant, les pouvoirs qui lui sont reconnus ne sauraient aller jusqu'à préjudicier au tiers de bonne foi (C. civ., art. 900-6, al. 2).

⁹⁵⁴Pour des auteurs, le code admet alors « la fongibilité relative des charges en généralisant l'intérêt qu'elles servent » (V. B. ANCEL et A. HARMAND-LUQUE, *op. cit.*, n°s 33 et 35). D'autres considèrent que la révision conduit alors à retirer « à l'intérêt qui a inspiré le disposant sa manifestation particulière, c'est-à-dire à son identité » (V. F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *op. cit.*, n° 368, p. 339).

⁹⁵⁵V. B. ANCEL et A. HARMAND-LUQUE, *op. cit.*, n° 34.

⁹⁵⁶V. M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1412, p. 316.

⁹⁵⁷L'autorité administrative y était tenue (V. J. GROSCLAUDE, art. précité, n° 52 ; B. ANCEL et A. HARMAND-LUQUE, *op. cit.*, n° 34).

⁹⁵⁸Certains auteurs préfèrent parler de subrogation formelle (V. B. ANCEL et A. HARMAND-LUQUE, *op. cit.*, n° 45).

⁹⁵⁹Des auteurs estiment que « si l'aliénation doit être à titre onéreux, on admettra pourtant qu'elle puisse se réaliser à titre gratuit, si le gratifié affecte corrélativement et par équivalence un de ses biens à la satisfaction de la condition ou de la charge » (V. F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *op. cit.*, n° 368, p. 339).

⁹⁶⁰V. B. ANCEL et A. HARMAND-LUQUE, *op. cit.*, n° 48.

⁹⁶¹V. F. BOULANGER, art. précité, n° 9. Comp. G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil : Les successions et les libéralités*, par P. RAYNAUD, Paris : Sirey, 1983, n° 680, p. 505 (à propos de la procédure de révision prévue par le droit antérieur pour les personnes morales de droit public).

auteur veut croire que « le pouvoir du juge n'est pas discrétionnaire mais conditionné par l'esprit de la libéralité »⁹⁶². À cet égard, la Cour de cassation se reconnaît compétente pour sanctionner la dénaturation de l'acte⁹⁶³.

418. Une révision provisoire. La révision ainsi opérée est provisoire⁹⁶⁴. D'une part, le gratifié peut, en respectant les mêmes conditions, et après un nouveau délai de dix ans, saisir les tribunaux en vue d'obtenir une nouvelle révision judiciaire⁹⁶⁵. D'autre part, l'article 900-7 du Code civil laisse la possibilité aux héritiers de demander l'exécution des charges initiales, si, postérieurement à leur révision, celle-ci est redevenue possible⁹⁶⁶. Finalement, « la libéralité vit continûment sous le contrôle et la protection du juge »⁹⁶⁷.

À côté du régime de droit commun, le législateur a prévu un régime spécial en faveur de certaines personnes publiques, lequel repose sur une révision amiable préalable.

2. La révision de droit spécial : la révision amiable préalable

419. Une révision administrative amiable. Tout en créant un régime commun de révision judiciaire des charges quelle que soit la nature de la personne morale gratifiée, le législateur de 1984 a souhaité maintenir un régime d'autorisation préalable de révision amiable à l'égard de certaines personnes de droit public. Cette autorisation est un prérequis au recours à la procédure de droit commun. Les règles ont été depuis dispersées au sein de différents codes⁹⁶⁸. Cette procédure vise l'État et ses établissements publics⁹⁶⁹, ainsi que les établissements publics de santé⁹⁷⁰. Les dispositions qui leur sont applicables sont énoncées en des termes similaires⁹⁷¹. Ces personnes vont pouvoir s'entendre avec le disposant ou ses ayants-cause pour réviser les charges grevant la libéralité.

⁹⁶²M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1412, p. 317. Adde B. ANCEL et A. HARMAND-LUQUE, *op. cit.*, n° 34.

⁹⁶³V. Civ. 1^{re}, 1^{er} juillet 2003, n° 00-13.474, *Inédit*.

⁹⁶⁴V. B. ANCEL et A. HARMAND-LUQUE, *op. cit.*, n° 49 ; M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1413, p. 317.

⁹⁶⁵C. civ., art. 900-5.

⁹⁶⁶Cette disposition n'aurait qu'un caractère symbolique (V. B. ANCEL et A. HARMAND-LUQUE, *op. cit.*, n° 51 ; C. WITZ, art. précité, n° 25).

⁹⁶⁷V. M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1413, p. 317.

⁹⁶⁸Les textes nouveaux s'écartent quelque peu de la rédaction initiale de 1984.

⁹⁶⁹CGPPP, art. L. 2222-12 et s. En sont exclus les collectivités territoriales et leurs établissements publics (CGCT, art. L. 1311-17).

⁹⁷⁰C. santé publ., art. L. 6145-10.

⁹⁷¹Sur ces textes, V. N. JACQUINOT, « Les dons et legs aux personnes publiques », in N. JACQUINOT (dir), *Le don en droit public*, Toulouse, Presse de l'Université de Toulouse ; Paris, LGDJ-Lextenso éd., 2013, coll. « Actes de colloque », t. 17, p. 65 et s., spéc. p. 76 et s.

La loi ouvre l'action en révision amiable dans les mêmes conditions de fond que l'action judiciaire. Elle reprend à l'identique les dispositions de l'article 900-2 du Code civil. En revanche, le délai de dix ans n'est pas retenu, de sorte que l'action peut être initiée à tout moment⁹⁷². C'est là son principal intérêt. Quant aux effets de la révision, les textes procèdent par renvoi à l'article 900-4 du Code civil⁹⁷³. Le même éventail de mesure est possible. Dans tous les cas, *la révision doit être autorisée par l'autorité de tutelle compétente*⁹⁷⁴.

Par ailleurs, les textes prévoient qu'en pareilles circonstances, plutôt que de réviser les charges, il est possible de restituer la libéralité⁹⁷⁵, sauf en présence d'immeubles et de meubles classés ou inscrits⁹⁷⁶. Il s'agit d'une *procédure de restitution administrative*. Cette seconde voie permet finalement une révocation à l'amiable de la libéralité.

420. La prétendue subsidiarité de la révision judiciaire. C'est seulement à défaut d'accord entre les intéressés, voire en cas de refus de l'autorité de tutelle⁹⁷⁷, que la révision doit être autorisée dans les conditions des articles 900-2 et suivants du Code civil. Il faudra alors respecter le délai d'épreuve de dix ans. La procédure de révision judiciaire n'est donc pas une alternative à la procédure de révision administrative⁹⁷⁸ : elle lui est subsidiaire⁹⁷⁹.

Dès lors, un obstacle pratique apparaît rapidement. La procédure de révision administrative ne peut aboutir qu'en présence d'*un accord unanime des héritiers*⁹⁸⁰, ce qui n'est pas sans réduire « considérablement les possibilités de succès laissées à la procédure administrative »⁹⁸¹. De même, faute d'héritiers connus, seul le juge judiciaire est compétent pour intervenir⁹⁸².

⁹⁷²V. B. ANCEL et A. HARMAND-LUQUE, *op. cit.*, n° 85.

⁹⁷³CGPPP, art. L. 2222-13 et L. 2222-17.

⁹⁷⁴Il s'agit du préfet pour les libéralités adressées aux établissements publics et aux établissements de santé (CGPPP, art. R. 2222-23 ; C. santé publ., art. L. 6145-10). Pour l'État, l'autorisation est donnée conjointement par le ministre de la justice, le ministre chargé du domaine et le ministre qui a qualité pour exécuter les charges ou conditions dont est assortie la libéralité, voire du ministre chargé des monuments historiques (CGPPP, art. R. 2222-23).

⁹⁷⁵CGPPP, art. L. 2222-14 et L. 2222-17.

⁹⁷⁶CGPPP, art. L. 2222-16 et L. 2222-17.

⁹⁷⁷Si la loi ne prévoit le recours au juge judiciaire qu'en cas de refus de révision amiable par les ayants droit, il est admis que ledit juge retrouve son office également en cas de refus de l'autorité administrative, voire du juge administratif dans le cadre de son contrôle juridictionnel, de procéder à une telle révision. Les problèmes d'articulation entre le juge judiciaire et le juge administratif connus sous l'empire du droit antérieur (V. J. GROSCLAUDE, art. précité, n°s 95 et s.) ne sont donc pas totalement réglés. Pourtant, l'unité de juridiction prévue dans le régime de droit commun avait pour finalité de mettre un terme à ces difficultés (V. JO Sénat CR 1984, n° 15, p. 378).

⁹⁷⁸Cette procédure est pensée comme une solution aux problèmes liés à la révision des charges (V. JO Sénat CR 1984, n° 15, p. 378). Or, faute de désaccord avec les héritiers de tels problèmes ne sauraient se poser.

⁹⁷⁹Dans le même sens, V. B. ANCEL et A. HARMAND-LUQUE, *op. cit.*, n° 85.

⁹⁸⁰La restitution administrative peut, en revanche, être mise en œuvre en l'absence d'accord du disposant, s'il a disparu, ou de ses ayants-cause s'ils sont inconnus ou restés inactifs. La procédure est prévue aux articles R. 2222-25 et suivants du Code général de la propriété des personnes publiques. Elle conduit à la vente des biens s'ils ne sont pas réclamés.

⁹⁸¹V. B. ANCEL et A. HARMAND-LUQUE, *op. cit.*, n° 86.

⁹⁸²V. *ibidem*. Initialement, l'amendement déposé par le gouvernement devant le Sénat prévoyait l'hypothèse dans laquelle il n'y avait pas d'ayants droit connus. Dans ce cas, la solution était la même qu'en cas d'absence

La combinaison de ces deux propositions conduit à reconnaître l'existence de lourdes difficultés en cas d'incertitudes autour de la personne des héritiers. Admettre que le juge judiciaire est seul compétent dans cette hypothèse revient à réduire à une peau de chagrin le champ d'ouverture de la procédure administrative tant il est difficile en droit français d'« identifier les successeurs »⁹⁸³. La personne morale de droit public se dirige naturellement vers le juge judiciaire, réduisant largement l'intérêt de la procédure de faveur instituée par le législateur. C'est en ce sens que semble pouvoir être compris un arrêt de la Cour d'appel de Pau, en date du 12 novembre 2013⁹⁸⁴. En l'espèce, un établissement de santé cherchait à obtenir la révision des charges d'une donation. Une action judiciaire en révision a été formée à l'encontre du ministère public et du neveu de la testatrice. La Cour d'appel relève que les recherches pour retrouver les ayants droit de la donatrice, décédée sans enfant, ont été vaines. Seul son neveu a été retrouvé, lequel ne s'opposait pas à l'opération envisagée. La Cour en déduit qu'il convient d'appliquer les dispositions de droit commun. Ce faisant, elle révisé la charge litigieuse. En présence d'un accord entre l'établissement de santé et le seul héritier connu, la compétence du juge judiciaire n'allait pas de soi. Finalement, la procédure de révision administrative pourrait bien n'être qu'une coquille vide.

421. De lege ferenda. Pour dépasser ces difficultés, une distinction pourrait être retenue. Lorsqu'aucun héritier n'est connu, le juge judiciaire doit maintenir son office. En revanche, quand l'identité de certains des successeurs est certaine, la procédure administrative préalable devrait être possible. Pour sécuriser l'accord intervenu avec les héritiers connus, un système de publicité pourrait être mis en place. Deux voies pourraient alors être envisagées. D'une part, il serait possible d'étendre les mesures prévues par le décret du 19 octobre 1984 normalement applicable en matière de révision de droit commun⁹⁸⁵. D'autre part, le Code

d'accord (V. JO Sénat CR 1984, n° 57, p. 378). Par une formule ramassée, le Sénat, puis l'Assemblée nationale, retient que « dans les autres cas, la révision est autorisée dans les conditions prévues par les articles 900-2 à 900-8 du Code civil » (V. JO Sénat CR 1984, n° 15, p. 379 ; JO AN CR 1984, p. 3318). Simple réécriture formelle, cette disposition visait ces deux situations. L'article L. 6145-10 *in fine* du Code de la santé publique est toujours rédigé ainsi. Pour une illustration, V. TGI Paris, 9 novembre 1994, *APHP c/ Min. public, juris-data* n° 1994-047879. Dans cette affaire, l'établissement public de santé a dû porter directement l'affaire devant le juge judiciaire faute d'héritiers. Dans le même sens, V. CA Versailles, 28 mars 2013, RG n° 11/06264. En revanche, l'article L. 2222-13, alinéa 2 du Code général de la propriété des personnes publiques ne vise désormais plus que le défaut d'accord des ayants droit. Il y a tout lieu de penser qu'il s'agit là d'une simple scorie textuelle. Un pouvoir de révision unilatérale, même avalisé par l'autorité administrative, ne saurait être reconnu en l'absence d'héritiers.

⁹⁸³V. S. GAUDEMET, « Identifier les successeurs », *JCP N* 2011, 1130. Le droit français ne connaît pas de système étatique centralisant ces informations. Certains auteurs ont milité en faveur d'un casier ou d'un fichier civil sur lequel figureraient les données de l'état civil du *de cuius* et les mentions de sa descendance (V. M. DAGOT, « La preuve de la qualité d'héritier ou « plaidoyer pour une réforme des actes de notoriété », *JCP N* 1974, I 2618, n° 12 et s. ; E. SALLE de LA MARNIERRE, *Jour. not.* 1985, art. 58109, obs. ss Civ. 1^{re}, 24 octobre 1984).

⁹⁸⁴CA Pau, 12 novembre 2013, RG n° 12/04308.

⁹⁸⁵V. *supra*, n° 416.

général de la propriété des personnes publiques retient une procédure de publicité au journal officiel de l'arrêté autorisant la restitution des biens⁹⁸⁶. L'autorisation de révision pourrait être publiée selon cette procédure. Il serait permis aux éventuels héritiers oubliés de former opposition à l'accord pendant un certain délai. Dans ce cas, le juge judiciaire retrouverait son office.

Il ressort de cette étude que le législateur a mis en place des systèmes de révision des charges extrêmement précis, au point qu'il est possible de se demander s'il est possible de réviser celles-ci en dehors de la loi du 4 juillet 1984.

§2. La révision des charges en dehors de la loi du 4 juillet 1984

Sous l'empire du droit antérieur, deux types de révision s'étaient développés. Leur maintien en présence de la loi du 4 juillet 1984 est incertain. Il s'agit de la révision juridictionnelle (A) et de la révision amiable (B).

A. La révision juridictionnelle

Le juge judiciaire comme le juge administratif seraient compétents pour modifier les charges grevant une libéralité en dehors des conditions légales. Pourtant, à s'y arrêter de plus près, il apparaît que seul le pouvoir du juge judiciaire est consacré.

Il existe un régime de révision extraordinaire du juge judiciaire (1), à la différence d'un régime de révision extraordinaire du juge administratif (2).

1. Le régime de révision extraordinaire du juge judiciaire

422. Une adaptation sans imprévision. La pratique judiciaire dont il est question a été révélée à l'occasion d'une affaire soumise à la juridiction du Conseil d'État. Elle concernait la Fondation de France, alors désignée comme légataire universelle à charge de créer et gérer un

⁹⁸⁶CGPPP, art. R. 2222-23.

refuge pour animaux abandonnés⁹⁸⁷. Afin d'assurer le respect de ses dernières volontés, la testatrice avait fait interdiction à la légataire de vendre les biens légués. Face à la difficulté qu'imposait le respect exact des intentions du bienfaiteur, le conseil d'administration de la Fondation de France a subordonné l'acceptation de la libéralité à la levée par le juge judiciaire de cette clause d'inaliénabilité. L'autorité administrative, jouant son rôle d'autorité de tutelle sous l'empire de la loi ancienne, autorise l'acceptation de la libéralité et rappelle, au sein du décret d'autorisation, l'intention de la légataire de faire annuler, sur le fondement du Code civil, la clause d'inaliénabilité. Saisi par l'héritière du disposant, le Conseil d'État, dans une décision du 8 décembre 2000, valida le procédé⁹⁸⁸. Implicitement, il a reconnu que *le juge judiciaire peut autoriser la mainlevée d'une clause d'inaliénabilité en dehors de toute imprévision*. Or, une telle procédure est normalement réservée aux libéralités adressées aux personnes physiques⁹⁸⁹. En d'autres termes, le juge judiciaire pourrait modifier les charges grevant la libéralité en dehors de tout changement de circonstances rendant l'exécution de celle-ci extrêmement difficile ou sérieusement dommageable.

Si la Cour de cassation ne semble jamais s'être prononcée sur cette question, le juge judiciaire n'est pas en reste. À titre d'illustration, un jugement du Tribunal de grande instance de Paris, en date du 12 février 2004, a admis la révision de charges dont l'exécution était impossible *ab initio*⁹⁹⁰. En l'espèce, la Fondation de France était désignée comme légataire universelle à charge pour elle de créer une fondation dont le siège devait être un immeuble dépendant de la succession. Cette fondation devait avoir pour objet l'accueil des personnes âgées. Faute de pouvoir réaliser l'affectation pour des raisons techniques, matérielles, juridiques, administratives et financières⁹⁹¹, la légataire assigna les héritiers afin de voir autoriser : d'une part, la vente de l'immeuble sur le fondement de l'article 900-1 du Code civil tenant à l'existence d'un intérêt supérieur, d'autre part, l'affectation du produit de la vente à une

⁹⁸⁷Cette décision a été critiquée sur le terrain du principe de spécialité (V. *supra*, n° 320.). Si le Conseil d'État considère que les statuts de la Fondation de France ne sont pas incompatibles avec cette charge, en sa qualité d'organisme relais, la Fondation de France ne saurait être chargée de se comporter comme un groupement opérateur.

⁹⁸⁸CE, 8 décembre 2000, n° 205000, *JCP G* 2001, II 10616, concl. C. MAUGÛE.

⁹⁸⁹Cette procédure est prévue par l'article 900-1, alinéa 1^{er} du Code civil qui ne vise que les personnes physiques (V. *supra*, n° 411.) Si l'arrêt du Conseil d'État se place sur le terrain dudit article 900-1, le commissaire au gouvernement précise que, même à admettre que la référence à ce fondement soit erronée, cela est sans incidence sur la légalité de la décision (V. C. MAUGÛE, concl. ss CE, 8 décembre 2000, *JCP G* 2001, II 10616). C'est donc bien les articles 900-2 et suivants du Code civil qui étaient visés.

⁹⁹⁰TGI Paris, 12 février 2004 (RG n° 02/03932). Déjà en ce sens, V. CA Aix-en-Provence, 9 avril 1993, *juris-data*, n° 1993-04531. Dans cette affaire, la Société protectrice des animaux avait été désignée légataire universelle à charge de créer un refuge pour animaux sur un terrain dépendant de la succession. Une clause d'inaliénabilité était stipulée. Or, le projet ne pouvait se faire en raison du classement du terrain en zone classée.

⁹⁹¹La Cour de cassation a déjà retenu que l'entrée en vigueur d'une nouvelle norme constitue un changement de circonstances pouvant donner lieu à une révision des charges, V. Civ. 1^{re}, 7 mars 2000, n° 97-20.038, *Bull. civ. I*, n° 84 ; *RTD civ.* 2001, p. 413, obs. J. PATARIN. Dans le même sens, à propos d'une interdiction administrative, V. Civ. 1^{re}, 6 avril 1994, n° 92-12.844, *Bull. civ. I*, n° 140 ; *JCP G* 1995, II 22387, note Ph. BRUN.

fondation abritée devant le redistribuer à des œuvres aidant les personnes âgées. En faisant droit à ces demandes, les juges du fond ont révisé tant la *charge d'inaliénabilité* que la *destination des biens* en dehors de la procédure des articles 900-2 et suivants du Code civil. Même à retenir, avec un auteur⁹⁹², que la Cour de cassation devrait admettre la mainlevée d'une clause d'inaliénabilité grevant une libéralité adressée à une personne morale sur le fondement du premier alinéa de l'article 900-1⁹⁹³, ce dernier texte ne saurait autoriser une révision de l'affectation des biens. La décision des juges du fond paraît donc *contra legem* au moins sur ce second point.

423. L'interprétation d'une charge impossible dès l'origine. Finalement, chaque fois, le juge révisé une charge dont la réalisation est impossible dès l'origine. Celle-ci devrait être réputée non écrite au sens de l'article 900 du Code civil et la libéralité qu'elle grève nulle, si cette charge a constitué la cause impulsive ou déterminante de la libéralité⁹⁹⁴. Sous couvert d'interprétation, le juge substitue à la charge impossible une charge réalisable. Un tel procédé n'est pas nouveau. Sous l'empire du droit antérieur à la loi du 4 juillet 1984, les magistrats avaient déjà recours à l'interprétation afin de réviser les charges devenues impossibles⁹⁹⁵. Cette solution est désormais étendue à celles qui le sont dès l'origine. Elle s'inscrit dans un mouvement plus large qui consiste à substituer aux volontés défectueuses, des volontés possibles⁹⁹⁶.

Ainsi, le juge judiciaire, conforté par le juge administratif, s'est octroyé un pouvoir de révision des charges *ab initio*. De la même manière, il est soutenu que le juge administratif jouirait d'un droit de révision exorbitant du droit commun. Il n'en est rien en réalité.

⁹⁹²V. A. SÉRIAUX, *J.-Cl. civil code*, art. 900-1, fasc. unique : « Libéralités – Dispositions générales – Clauses d'inaliénabilité », n° 23.

⁹⁹³La Cour de cassation le refuse en effet (V. *supra*, n° 410.).

⁹⁹⁴V. *supra*, n° 36.

⁹⁹⁵V. *supra*, n° 410.

⁹⁹⁶V. *supra*, nos 385. et s.

2. *L'absence de pouvoir de révision extraordinaire de l'autorité administrative*

424. L'arrêt *Fondation du Bocage*. Un arrêt du Conseil d'État du 11 mai 1994 *Fondation du Bocage contre Préfet de Savoie*⁹⁹⁷ est parfois interprété comme posant une exception à la compétence exclusive du juge judiciaire en matière de révision des charges⁹⁹⁸. Le Conseil d'État y retient que si les articles 900-1 et suivants du Code civil attribuent une compétence exclusive au juge judiciaire pour réviser « les conditions et charges grevant certaines libéralités », ces textes n'ont ni pour objet, ni pour effet d'abroger l'article 5 du décret du 13 juin 1966 sur la tutelle administrative des fondations. Il en résultait que le tribunal administratif avait annulé à tort l'arrêté préfectoral autorisant la fondation à procéder à l'aliénation de biens immobiliers reçus en legs et à utiliser le produit de la vente en remboursement d'emprunts contractés.

Pour arriver à cette solution, la Haute juridiction se fonde donc sur l'ancien article 5 du décret du 13 juin 1966⁹⁹⁹, repris en des termes identiques par l'article 8 du décret du 11 mai 2007¹⁰⁰⁰.

En vertu de ce texte :

Lorsque les statuts des associations ou des fondations reconnues d'utilité publique soumettent à autorisation administrative les opérations portant sur les droits réels immobiliers, les emprunts, l'aliénation ou le remploi des biens mobiliers dépendant de la dotation ou du fonds de réserve, cette autorisation est donnée par arrêté du préfet du département où est le siège de l'association ou de la fondation.

Or, une telle exigence se retrouve, de manière fort critiquable¹⁰⁰¹, dans les statuts-types élaborés par la section de l'Intérieur du Conseil d'État¹⁰⁰². Par la combinaison du texte réglementaire et des statuts de la fondation, la Haute juridiction a reconnu la compétence du préfet du département afin qu'il autorise la fondation à aliéner l'immeuble reçu par legs.

425. Doutes sur la portée de la solution. À aucun moment, il ne ressort de cette décision que le Conseil d'État reconnaîtrait à l'autorité de tutelle un pouvoir de révision exorbitant des régimes posés par la loi du 4 juillet 1984. D'abord, parce que rien ne permet de dire que

⁹⁹⁷CE, 11 mai 1994, *Fondation du Bocage c/ Préfet de Savoie*, n° 119635, *Inédit* ; *AJDA* 1994, p. 912 note X. PRÉTOT ; *D.* 1994, IR 167 ; *JCP N* 1995, II 281, note M.-C. ROUAULT.

⁹⁹⁸V. A. SÉRIAUX, *op. cit.*, n° 25 ; X. PRÉTOT, obs. ss CE, 11 mai 1994, *AJDA* 1994, p. 912 ; M.-C. ROUAULT, note ss CE, 11 mai 1994, *JCP N* 1995, I 281. Comp. B. ANCEL et A. HARMAND-LUQUE, *op. cit.*, n° 85 (cherchant une explication à l'arrêt dans un éventuel accord amiable, ce qui paraît douteux).

⁹⁹⁹D. n° 66-388 du 13 juin 1966.

¹⁰⁰⁰D. 2007-807 du 11 mai 2007.

¹⁰⁰¹V. *supra*, n° 308.

¹⁰⁰²V. Statuts-types, art. 9 (fondations – Annexe 3) ; Statuts-types, art. 11 (associations – Annexe 2).

l'immeuble légué était grevé d'une clause d'inaliénabilité. Il n'est pas davantage possible de déceler une quelconque obligation tacite de ne pas disposer consécutive à l'affectation¹⁰⁰³. Ensuite, si la loi de 1984 n'a ni pour objet ni pour effet d'abroger la tutelle administrative, c'est que les articles 900-1 et suivants du Code civil et l'article 8 du décret susvisé n'ont pas la même finalité¹⁰⁰⁴. La procédure de tutelle en matière d'actes à titre onéreux a pour but d'assurer la pérennité des établissements reconnus d'utilité publique et de vérifier que les actes envisagés ne sont pas manifestement « ruineux » ou lésionnaires, ou de complaisance vis-à-vis des tiers¹⁰⁰⁵. Elle ne repose pas sur les intentions du défunt. Dans sa décision, le Conseil d'État précise que le préfet doit fonder sa solution en vue de garantir les missions d'intérêt public assurées par cet organisme et *non le respect des volontés du défunt dont le manquement ne saurait être utilement invoqué à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir*. Par conséquent, la tutelle en matière d'actes à titre onéreux n'a pas vocation à concurrencer la procédure de révision des charges.

En revanche, ces deux procédures peuvent être amenées à se combiner. D'une part, chaque fois que le juge judiciaire autorise la levée d'une clause d'inaliénabilité sur le terrain de l'article 900-2 du Code civil, la vente du bien doit être autorisée par l'autorité administrative si elle est soumise à sa tutelle en raison des statuts du groupement¹⁰⁰⁶. D'autre part, quand l'aliénation d'un bien reçu par libéralité est autorisée en violation de la volonté du défunt, le juge judiciaire est seul compétent pour révoquer la libéralité. En l'espèce, il aurait été judicieux pour les héritiers de saisir le juge judiciaire pour faire sanctionner le non-respect de l'affectation des biens. Dans la mesure où le produit de la vente devait être affecté au remboursement d'emprunts, il fait peu de doute que l'affectation de la libéralité n'était pas respectée.

Finalement, seul le juge judiciaire semble s'être reconnu un pouvoir exorbitant du droit commun en matière de révision des charges. Reste à savoir si une révision amiable de celles-ci demeure possible au lendemain de la loi de 1984.

¹⁰⁰³Sur celles-ci, V. *supra*, n° 184.

¹⁰⁰⁴Des auteurs expliquent la solution sur le terrain de la tutelle en matière de libéralité (V. B. ANCEL et A. HARMAND-LUQUE, *op. cit.*, n° 86). Ils estiment qu'une telle solution ne pourrait être maintenue sous l'empire du droit positif, dans la mesure où la tutelle en matière de libéralités a été supprimée (V. *supra*, n° 271.). Une telle proposition est discutable puisque le pouvoir reconnu au préfet ne trouve pas sa source dans la tutelle de l'article 910 du Code civil, mais dans le décret du 11 mai 2007.

¹⁰⁰⁵V. Circ. du 1^{er} août 2007, NOR : INTA0700083C, p. 6.

¹⁰⁰⁶Cette interprétation est également retenue par une commissaire du gouvernement près le Conseil d'État (V. C. MAUGÜE, *JCP G* 2001, II 10616, concl. ss CE, 18 décembre 2000).

B. La révision amiable

426. L'arrêt *Commune d'Éguilles*. Dans la mesure où la loi du 4 juillet 1984 prévoit un régime précis de révision des charges grevant les libéralités, la question se pose de savoir si les règles ainsi consacrées sont ou non d'ordre public. En d'autres termes, à la suite de l'entrée en vigueur de cette loi, le maintien de l'ancienne possibilité de révision amiable des charges est incertain. S'agissant de l'accord intervenu entre le disposant et le gratifié, le doute n'est pas permis¹⁰⁰⁷. Un tel accord est nécessairement valable par l'application du droit commun et du *mutuus consensus*. En revanche, en cas de décès du disposant, la réponse est moins évidente.

En réalité, la difficulté provient d'une décision du Conseil d'État *Commune d'Éguilles*, en date du 19 février 1990¹⁰⁰⁸. La Haute juridiction y affirme que :

la modification des charges et conditions grevant un bien légué à une commune ou l'aliénation de ce bien ne peuvent avoir lieu *que* dans les conditions et selon la procédure définies par les articles 900-2 à 900-8 du Code civil issus de la loi du 4 juillet 1984, *sans que la commune bénéficiaire du legs puisse [...] faire état de l'accord éventuel du légataire universel* sur la modification des charges et conditions grevant le legs fait à la commune¹⁰⁰⁹.

Dans cette espèce, le délai d'épreuve de dix ans n'était pas écoulé. Seule une révision amiable des charges pouvait donc être envisagée.

Cette solution a été tantôt saluée¹⁰¹⁰, tantôt critiquée¹⁰¹¹. Un sérieux argument peut être soulevé en défaveur de la révision amiable : il tient à la *ratio legis* du régime spécial (1). Pour autant, des arguments tout aussi solides peuvent être présentés en faveur de celle-ci (2).

1. L'argument contre : la ratio legis du régime spécial

427. Une faveur exprimée à l'égard de certaines personnes publiques. Bien que la décision du Conseil d'État ait pu être critiquée, elle semble cependant reposer sur une solide

¹⁰⁰⁷Lors des débats parlementaires, Jean FOYER estimait que le problème de la révision des charges « ne se pose véritablement qu'après le décès du disposant » dans la mesure où « lorsque celui-ci est vivant, il souhaite ordinairement que sa libéralité continue, dans la mesure du possible, à s'exécuter et il sera le premier à consentir à des modifications de la charge » (V. JO AN CR 1980, n° 57, p. 2613).

¹⁰⁰⁸CE, 19 février 1990, *Commune d'Éguilles*, n° 73.923 ; *JCP G* 1990, II 2153, note F. BOULANGER ; *D.* 1992, somm. 231, obs. M. GRIMALDI.

¹⁰⁰⁹Nous soulignons.

¹⁰¹⁰V. F. BOULANGER, note ss CE, 19 février 1990, *JCP G* 1990, II 21535.

¹⁰¹¹V. M. GRIMALDI, obs. ss CE, 19 février 1990 *D.* 1992, somm., p. 231.

justification : la *ratio legis* de la loi du 4 juillet 1984. L'esprit des règles gouvernant la révision des charges grevant les libéralités adressées à certaines personnes morales de droit public commandait, en effet, de retenir une telle solution¹⁰¹². Il est acquis que les personnes morales de droit public ont toujours fait l'objet d'un régime de révision de faveur puisque dès 1927 le législateur est intervenu pour consacrer un ensemble de règles permettant la révision d'un certain nombre de charges pesant sur elles. Lors de l'étude de la loi du 4 juillet 1984, le garde des Sceaux, soutenant l'amendement en vue d'élargir le champ d'application de la loi aux personnes morales de droit public, explique qu'« il serait paradoxal que l'existence de ce régime administratif créé à l'origine pour [les] favoriser, ait maintenant pour conséquence de les désavantager en leur interdisant de recourir aux dispositions beaucoup plus complètes » de la loi nouvelle¹⁰¹³. Cette faveur se retrouve dans la consécration pour certaines personnes publiques d'une *procédure de révision administrative préalable, laquelle repose justement sur un accord amiable avec les héritiers*. Simplement, pour être efficace, cet accord amiable doit être accepté par l'autorité de tutelle¹⁰¹⁴.

Admettre largement une révision amiable des charges conduirait à un résultat paradoxal : l'accord amiable obtenu par l'État, ses établissements publics et les établissements publics de santé serait soumis à une autorisation préalable, là où l'accord amiable obtenu par tous les autres groupements serait efficace en l'absence de tout contrôle. Il en découlerait que l'État, ses établissements publics et les établissements publics de santé seraient placés dans une situation moins favorable que les autres groupements. La procédure spéciale administrative n'aurait alors plus rien d'avantageux

À l'opposé, des arguments peuvent être soutenus en faveur de la révision amiable.

2. Les arguments favorables

Les arguments en faveur de la révision amiable sont de deux ordres. Celle-ci devrait être reconnue tant sur le fondement de la jurisprudence judiciaire (a), qu'en raison de la *ratio legis* du régime de droit commun (b).

¹⁰¹²V. *supra*, n^{os} 419. et s.

¹⁰¹³V. JO Sénat CR 1984, n^o 15, p. 375.

¹⁰¹⁴V. *supra*, n^o 419.

a. La jurisprudence judiciaire

428. La jurisprudence ancienne. Sous l'empire du droit antérieur, la doctrine s'accordait pour reconnaître les révisions amiables¹⁰¹⁵. Deux décisions sont classiquement citées au soutien de celle-ci. La première est rendue le 25 mai 1905 par le Tribunal civil de Toulouse. Ce dernier refuse aux héritiers la possibilité d'agir en révocation pour inexécution aux motifs que leur auteur y avait renoncé implicitement de son vivant¹⁰¹⁶. Le rapport avec notre débat est des plus ténus. La seconde solution est plus intéressante. Elle repose sur un arrêt de la Cour de cassation du 5 janvier 1978¹⁰¹⁷. Appelés à se prononcer sur le non-respect de l'affectation prévue au sein d'une convention de révision amiable, les conseillers rejettent la demande en révocation de la libéralité aux motifs que l'accord avait emporté novation des obligations, de sorte qu'il convenait d'attaquer la convention transactionnelle et non la libéralité originaire¹⁰¹⁸. L'espèce était particulière puisque l'accord intervenu entre les parties était une transaction avec contrepartie financière.

429. La jurisprudence récente. Dans une décision plus récente, en date du 1^{er} juillet 2003¹⁰¹⁹, la Cour de cassation a eu à connaître d'un accord conclu sous l'empire du droit antérieur de sorte qu'il paraît délicat d'en déduire que cette solution consacre la révision amiable en droit positif¹⁰²⁰. En l'espèce, le respect de la charge, telle que souhaitée par le disposant, était impossible dès l'origine. Avant d'accepter la libéralité, la Fondation de France avait obtenu l'accord du bénéficiaire de celle-ci et des exécuteurs testamentaires de la modifier¹⁰²¹. Plusieurs années plus tard, le bénéficiaire final de la libéralité avait décidé une

¹⁰¹⁵V. Ph. MALAURIE, note ss CA Lyon, 8 juin 1971, *Defrénois* 1972, art. 30054, spéc. p. 208 ; R. SAVATIER, note ss CA Nancy, 2 juin 1976, *JCP* 1977, II 18708 ; D. MARTIN, note ss Civ. 1^{re}, 5 janvier 1978, *D.* 1978, IR, p. 468 ; J. GROSCLAUDE, art. précité, n° 73.

¹⁰¹⁶V. T. civ. Toulouse, 25 mai 1905, *D.* 1905, 5, p. 34. Le tribunal estime que « les héritiers du donateur ne sont pas fondés à prétendre exercer l'action en révocation de la donation pour inexécution des charges qui appartenait à leur auteur, lorsque celui-ci est décédé sans l'avoir exercée alors, d'ailleurs, que des faits significatifs dans l'attitude du donateur jusqu'au jour de son décès ne permettent pas de douter qu'il n'ait entendu renoncer tacitement à se prévaloir de l'inexécution desdites charges ».

¹⁰¹⁷Civ. 1^{re}, 5 janvier 1978, *D.* 1978, IR, p. 468, obs. D. MARTIN. Il s'agissait d'un accord ayant permis d'affecter les biens transmis à la construction d'une station de cure plutôt qu'à celle d'un hôpital.

¹⁰¹⁸Encore qu'un auteur doute du succès de l'action dans la mesure où la transaction pourrait être interprétée comme un abandon total d'un droit de regard sur l'exécution de la libéralité (V. D. MARTIN, note ss Civ. 1^{re}, 5 janvier 1978, *D.* 1978, IR, p. 468).

¹⁰¹⁹Civ. 1^{re}, 1^{er} juillet 2003, n° 00-13.474, *Inédit*.

¹⁰²⁰*Contra* A.-M. LEROYER, « Ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006 relative à la partie législative du code général de propriété des personnes publiques », *RTD civ.* 2006, p. 633 et s.

¹⁰²¹Dans cette affaire, la Fondation de France était désignée comme légataire universelle à charge de mettre à disposition les biens transmis à une association « Les amis d'Antoine Pevsner ». La testatrice, veuve du sculpteur, avait été particulièrement précise sur l'affectation de l'immeuble composé d'un atelier et d'un appartement. La légataire était tenue de conserver l'appartement et de le louer pour pourvoir aux frais d'entretien de l'atelier. Celui-ci devait être mis à disposition de l'association et des artistes. L'arrêt relève que « par délibération du 8 décembre 1983, la Fondation de France, compte tenu de l'impossibilité d'exécuter littéralement les volontés de la testatrice, a décidé, en accord tant avec l'association qu'avec les exécuteurs

nouvelle modification de l'acte¹⁰²². Les exécuteurs testamentaires s'y sont opposés. La Fondation de France a alors introduit une demande en révision de la charge sur le terrain des articles 900-2 et suivants du Code civil¹⁰²³. Les juges ont fait droit à sa demande. La Cour de cassation rejette le pourvoi formé par les exécuteurs testamentaires aux motifs d'une part que le changement de circonstances rendait l'exécution de la charge sérieusement dommageable, d'autre part, que la modification était conforme aux vœux de la testatrice.

En d'autres termes, *la Cour de cassation révisé une charge, ayant préalablement été l'objet d'une révision amiable*¹⁰²⁴, et reconnaît ainsi implicitement la possibilité d'une telle révision.

L'esprit de la loi du 4 juillet 1984 peut également servir d'argument en faveur d'une révision amiable.

b. *La ratio legis du régime commun*

430. La lutte contre les prétentions peu scrupuleuses des héritiers. Une fois admise la possibilité de révision amiable sous l'empire du droit antérieur, il convient de se demander si la loi du 4 juillet 1984 est venue prohiber cette pratique comme semble le retenir le Conseil d'État. Pour ce faire, il convient de s'intéresser à la *ratio legis* de la loi. Le but premier, affiché par le législateur, était de lutter contre les actions en révocation des héritiers¹⁰²⁵. Plus soucieux de leurs intérêts propres que du respect de la volonté du disposant, ils sont rares, en effet, à agir en exécution de la charge¹⁰²⁶. Dès la présentation de la proposition de loi, Jean FOYER soutenait que¹⁰²⁷ :

testamentaires » de diviser l'atelier, procéder à sa vente et mettre l'appartement à disposition de l'association (Nous soulignons). Quant au produit des ventes, il était convenu de l'affecter à l'entretien de l'appartement et à l'attribution d'un prix du nom de l'artiste. Les nouvelles charges avaient été reprises dans le décret autorisant la légataire à accepter la libéralité.

¹⁰²²La vente de l'appartement avait été décidée en 1995.

¹⁰²³Les dispositions de la loi du 4 juillet 1984 sont rétroactives et s'appliquent aux libéralités acceptées avant son entrée en vigueur (L. n° 84-562 du 4 juillet 1984, art. 7).

¹⁰²⁴En l'espèce, le délai d'épreuve de dix ans s'était bien écoulé entre les deux révisions.

¹⁰²⁵Le Parlement souhaite également lutter contre une certaine mainmorte dans la mesure où certaines personnes morales, par crainte d'avoir à défendre une action en révocation, préfèrent s'enfermer « dans une fidélité rigide au passé : ils figent des patrimoines – parfois considérables – dans des emplois anachroniques et inutiles » (V. JO Sénat CR 1984, n° 15, p. 374). Une telle volonté est curieuse au regard des conditions lourdes d'ouverture de l'action en révision. Le seul fait que la charge soit devenue inutile, est insuffisant (V. *supra* n° 412.).

¹⁰²⁶Des héritiers qui profiteraient de la situation selon les termes même de Jean FOYER (V. JO AN CR 1984, p. 3318).

¹⁰²⁷V. JO AN CR 1980, n° 57, p. 2613.

le texte n'est nullement destiné à contredire la volonté du disposant, mais au contraire à en permettre le respect dans toute la mesure du possible, car si la charge ne peut plus s'exécuter, les héritiers du disposant peuvent intenter une action en révocation de la libéralité pour inexécution des conditions, révocation que la révision de la charge [...] permettra de tenir en échec.

Ainsi, selon le rapporteur au Sénat, « une exécution même modifiée est plus proche de la volonté [du disposant] que la révocation ou l'annulation »¹⁰²⁸. La finalité de ce texte est donc d'éviter que des biens affectés le plus souvent à l'intérêt général fassent retour dans le patrimoine d'héritiers peu scrupuleux.

En cas de révision amiable, le risque est écarté et le recours au juge n'est plus justifié. Ce faisant, la *ratio legis* de la loi de 1984 impose la reconnaissance de la révision amiable des charges. La majorité de la doctrine se prononce en ce sens¹⁰²⁹. De surcroît, seule la révision amiable peut permettre de contourner le délai d'épreuve de dix ans¹⁰³⁰, voire de permettre une révision des charges impossibles dès l'origine.

431. Conclusion sur la révision amiable, de lege ferenda. L'argument tenant à l'étude de la *ratio legis* de la loi du 4 juillet 1984 est réversible. À s'attarder sur le régime de droit commun, l'esprit de la loi commande d'admettre la révision amiable. En revanche, du côté du régime spécial de faveur reconnu à certaines personnes morales de droit public, l'esprit de la loi impose une solution contraire. Il s'agit là de l'obstacle le plus sérieux à l'admission d'une révision amiable. La seule manière de le dépasser serait de bien vouloir admettre que la décision administrative autorisant la révision, consentie par tous les héritiers connus, vienne purger le vice tenant à l'incertitude de certains d'entre eux¹⁰³¹. À la différence de la révision amiable, pour laquelle les héritiers écartés pourront toujours agir en révocation de la libéralité pour inexécution des charges initiales, la révision administrative empêcherait de tels recours. L'accord amiable entre le gratifié et les seuls héritiers connus serait pleinement efficace car consolidé par la décision administrative. C'est uniquement à ce prix que la procédure administrative apparaît comme une faveur faite à certaines personnes morales de droit public.

¹⁰²⁸V. JO Sénat CR 1984, n° 15, p. 376.

¹⁰²⁹V. C. WITZ, « La révision des charges et conditions en matière de libéralité après la loi du 4 juillet 1984 », *D.* 1985, p. 101 et s., n° 20 ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 4, *Successions, Libéralités*, 5^e éd. par L. LEVENEUR et S. MAZEAUD-LEVENEUR, Paris : Montchrestien, 1999, n° 1412-3, p. 609 ; M. GRIMALDI, *Droit civil : Libéralités, partages d'ascendants*, Paris : Litec, 2000 n° 1413, p. 318 ; C. JUBAULT, *Droit civil : Les successions, les libéralités*, 2^e éd., Paris : Monschrestien-Lextenso éd., 2010, coll. « Domat. Droit privé », n° 714, p. 495 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Droit civil : Les successions, les libéralités*, 4^e éd., Paris : Dalloz, 2014, coll. « Précis. Droit privé », n° 373, p. 342.

¹⁰³⁰Dans le même sens, V. M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1413, p. 318.

¹⁰³¹V. *supra*, n° 421.

432. Conclusion de la Section. Lorsque l'exécution de la charge est devenue impossible du fait d'un changement de circonstances, l'action en révision instaurée par le législateur de 1984 paraît de prime abord être un instrument extrêmement efficace et bienvenu. Pourtant, cette action n'est pas sans poser d'importantes difficultés. D'abord, elle coexiste, non sans mal, avec un régime spécial de révision pour certaines personnes de droit public. Ensuite, elle suscite des interrogations sur la possibilité de révisions amiables. Enfin, le texte est silencieux en cas d'impossibilité d'exécution de la charge dès l'origine. Dans ce cas, le juge judiciaire s'est arrogé la possibilité, sous couvert d'interprétation, de modifier celle-ci.

433. Conclusion du Chapitre. Une certaine faveur s'est développée à l'égard du testament, et plus généralement des libéralités à caractère collectif. Ce faisant, le juge et le législateur ont mis en place des mécanismes permettant d'adapter les dispositions testamentaires impossibles. L'interprétation permet alors de sauver le testament lorsque la désignation du bénéficiaire est source de difficultés, qu'elle soit obscure, irrégulière ou caduque du fait de la renonciation du légataire. C'est encore sous couvert d'interprétation, que le juge judiciaire s'autorise à réviser une charge impossible dès l'origine. À côté, le législateur a mis en place plusieurs régimes de révision des charges qui permettent de faire face aux difficultés résultant des changements de circonstances. Le régime propre à certaines personnes publiques mériterait d'être modifié afin de le rendre pleinement efficace et compatible avec la révision amiable dont la validité doit être reconnue.

Surtout, l'action en révision permet de tenir en échec les éventuelles vues des héritiers sur les biens transmis, plus intéressés par le succès d'une action en révocation pour inexécution des charges que par une action en exécution forcée. Ces deux actions constituent les principales sanctions des inexécutions des libéralités à caractère collectif.

Chapitre III. Les sanctions de l'inexécution

434. La diversité des sanctions. Les libéralités à caractère collectif font systématiquement peser sur les différents groupements un certain nombre d'obligations. Ce sont des libéralités affectées. Une charge d'affectation y est toujours attachée qu'elle soit expresse ou tacite¹⁰³². Parfois, la libéralité à caractère collectif repose sur une fiducie aux fins de libéralité. Des obligations particulières pèsent alors sur l'intermédiaire de transmission : une obligation de retransmettre et une obligation d'élire dans certains cas¹⁰³³. Il arrive encore que le disposant ait stipulé des charges d'intérêt particulier¹⁰³⁴. Les libéralités à caractère collectif présentent donc un risque d'inexécution du côté du bénéficiaire ou de l'organisme relais.

La doctrine s'est peu étendue sur la question de l'inexécution des libéralités à caractère collectif. En règle générale, elle renvoie à l'étude des règles régissant la sanction de l'inexécution des charges grevant les libéralités ordinaires¹⁰³⁵. Ainsi, l'inexécution conduirait principalement à la révocation judiciaire de la libéralité. Ce faisant, les auteurs omettent un certain nombre de régimes spéciaux conduisant à la résolution des libéralités pour inexécution. Il s'agit d'abord de l'ancienne procédure de révocation administrative, récemment abrogée. Il s'agit ensuite des différents régimes de reprise des biens à la suite de la dissolution d'un groupement : la reprise des apports aux associations ou la reprise des biens des congrégations par exemple¹⁰³⁶.

Certains auteurs s'intéressent, il est vrai, à la question de l'inexécution des libéralités à caractère collectif, mais uniquement sous l'angle des fondations avec recours à une personne morale préexistante¹⁰³⁷. Ils envisagent alors les difficultés pour les tiers, auxquels l'œuvre est destinée, à obtenir l'exécution de la charge. Une telle problématique est importante bien qu'elle ne soit pas propre à cette catégorie de fondations. Elle concerne l'ensemble des libéralités à caractère collectif. Elle pose plus largement la question de l'exécution forcée des libéralités à caractère collectif. Une telle sanction doit être préférée en ce qu'elle est au plus

¹⁰³²V. *supra*, n^{os} 181. et s.

¹⁰³³V. *supra*, n^o 226.

¹⁰³⁴V. *supra*, n^{os} 185. et s.

¹⁰³⁵V. M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 5, *Donations et testaments*, 2^e éd., par A. TRASBOT et Y. LOUSSOUARN, Paris : LGDJ, 1957, n^o 898, p. 1148 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Droit civil : Les successions, les libéralités*, 4^e éd., Paris : Dalloz, 2014, coll. « Précis. Droit privé », n^o 666, p. 590.

¹⁰³⁶Encore que des auteurs envisagent les reprises consécutives à la dissolution d'une congrégation (V. M. PLANIOL et G. RIPERT, *op. cit.*, n^{os} 899 et s., p. 1148 et s.).

¹⁰³⁷V. J. FLOUR et H. SOULEAU, *Droit civil : Les libéralités*, par H. SOULEAU, Paris : Armand Colin, 1982, coll. « U Série Droit privé », n^{os} 369 et s., p. 243 et s. ; M. GRIMALDI, *Droit civil : Libéralités, partages d'ascendants*, Paris : Litec, 2000, n^o 1696, p. 517.

proche des dernières volontés du disposant, encore qu'elle ne pourra pas toujours aboutir notamment du fait de l'immunité d'exécution dont jouissent les personnes publiques.

À côté de la révocation et de l'exécution forcée, rien n'interdit de sanctionner l'inexécution d'une libéralité à caractère collectif, si elle est fautive, par l'attribution de dommages-intérêts. Cette voie semble peu envisagée en doctrine. Elle présente, cependant, un certain nombre d'avantages ; elle peut par exemple être initiée à l'encontre une personne morale de droit public.

435. Des sanctions à renforcer. Si les voies permettant de sanctionner l'inexécution d'une libéralité à caractère collectif sont nombreuses, elles n'en demeurent pas moins inadaptées. En pratique la volonté du disposant est bien souvent malmenée. Rares sont les ayants cause du *de cuius* qui vont poursuivre l'exécution forcée de la charge. Ils préfèrent une action en révocation. Si le juge fait droit à leur demande, l'anéantissement rétroactif de la libéralité profite aux héritiers sans que ces derniers réalisent en contrepartie les œuvres voulues par le défunt. Aussi, le juge cherche-t-il généralement à sauver la libéralité soit en procédant à sa révision, soit en considérant que la violation n'est pas grave car elle ne reposerait pas sur la cause impulsive et déterminante de la libéralité. Bien qu'en droit le juge recherche la volonté du disposant, en fait il s'en écarte. Aussi, un certain nombre de remèdes peuvent-ils être proposés pour rendre les sanctions de l'inexécution d'une libéralité à caractère collectif plus efficaces. D'abord, il conviendrait de limiter les effets de l'action en révocation. Pour ce faire, il est possible de retenir que ces derniers ne prendront date qu'au jour de l'inexécution, simple application du droit commun. Il est encore envisageable, sous couvert d'interprétation, de désigner un bénéficiaire substitué. Ensuite, il est utile d'augmenter le nombre de titulaires de ces actions notamment en reconnaissant à une autorité compétente la possibilité d'agir en exécution ou révocation. L'autorité de tutelle pourrait être désignée à cette fin.

436. Plan. Une étude des différentes sanctions laisse apparaître leurs limites. Des pistes de réforme doivent alors être envisagées. Les sanctions sont diverses (Section I) et peuvent être renforcées (Section II).

Section I. La diversité des sanctions

En l'état du droit actuel, il existe trois mécanismes qui permettent de sanctionner l'inexécution d'une libéralité à caractère collectif : la révocation (§1), l'exécution forcée (§2) et la responsabilité civile (§3).

§1. La révocation

La révocation des libéralités pour inexécution des charges est un mécanisme classique. En matière de libéralités à caractère collectif, différents régimes spéciaux ont pu se développer en parallèle¹⁰³⁸. D'abord, le législateur a créé des règles spéciales pour appréhender les conséquences des lois de sécularisation et de laïcisation¹⁰³⁹. Elles appartiennent au passé. Ensuite, une révocation administrative a pendant longtemps concurrencé la révocation judiciaire. Elle semble avoir été abandonnée depuis la réforme de la tutelle administrative en matière de capacité d'exercice par l'ordonnance du 28 juillet 2005. Son étude n'en est pas moins intéressante. Enfin, la reprise des apports aux associations constitue une modalité de révocation pour inexécution. Il importe de revenir sur l'ensemble de ces régimes.

À côté du régime de droit commun de la révocation judiciaire (A), il existe des régimes spéciaux (B).

A. Le régime de droit commun : la révocation judiciaire

437. Révocation et résolution. La révocation des donations pour cause d'inexécution des charges est prévue à l'article 954 du Code civil dans les termes suivants :

¹⁰³⁸L'étude des conséquences d'une violation de l'objet d'une subvention publique aurait pu être envisagée. L'article 10 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 impose au bénéficiaire de justifier de l'emploi de la subvention en lui imposant la production d'un compte rendu financier attestant la conformité des dépenses à l'objet de la subvention. Pour autant, ni cette loi, ni aucun autre texte de portée générale, ne prévoit la sanction de la méconnaissance de cette obligation, ni davantage les suites à donner à la violation de l'affectation. Seules plusieurs circulaires s'y intéressent étant entendu qu'elles confèrent aux pouvoirs publics une grande marge de manœuvre pour apprécier l'étendue de la sanction : reversement total ou partiel de la subvention ; diminution ou la suspension des versements restants dus (V. notamment Circ. du 18 janvier 2010, n° 5439/SG). Sur ces sanctions, V. S. DAMAREY, « Les conditions d'attribution d'une subvention à une association », *AJDA* 2008, p. 2397 et s.

¹⁰³⁹V. M. PLANIOL et G. RIPERT, *op. cit.*, n°s 901 et s., p. 1152 et s.

Dans le cas de la révocation pour cause d'inexécution des conditions, les biens rentreront dans les mains du donateur, libres de toutes charges et hypothèques du chef du donataire ; et le donateur aura, contre les tiers détenteurs des immeubles donnés, tous les droits qu'il aurait contre le donataire lui-même.

Si cette disposition, issue du Code civil de 1804 vise l'inexécution des seules conditions, il a toujours été admis que ce terme désignait les charges grevant les donations¹⁰⁴⁰. Quant aux dispositions testamentaires, l'article 1046 du Code civil énonce que les causes conduisant à la révocation des donations, au sens de l'article 954, permettent également de demander la révocation du legs¹⁰⁴¹. Présentée comme une exception à l'irrévocabilité des donations par le Code civil¹⁰⁴², la révocation de la libéralité n'est rien d'autre qu'une résolution pour inexécution¹⁰⁴³. Les auteurs ne manquent pas, en effet, de faire le parallèle entre les articles 954 et 1184 du Code civil¹⁰⁴⁴. Ce dernier texte prévoit la résolution judiciaire pour inexécution en matière de contrats synallagmatiques. Si le testament n'est pas un contrat, l'acceptation par le légataire de la charge le grevant confère à la disposition un certain caractère bilatéral qui expliquerait le recours à la sanction de la résolution judiciaire¹⁰⁴⁵.

La révocation judiciaire est soumise à certaines conditions (1) et produit certains effets (2).

1. Les conditions

Les conditions de la révocation de droit commun sont au nombre de deux : une inexécution grave (a) ; une décision judiciaire (b).

¹⁰⁴⁰V. J. HAMEL, *La notion de cause dans les libéralités : étude de la jurisprudence française et recherche d'une définition*, Paris : Le Tenin, 1920, p. 171 ; M. BOUYSSOU, *Les libéralités avec charges en droit civil français*, préf. G. MARTY, Paris : Sirey, 1947, n° 168, p. 299 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil : Les successions et les libéralités*, par P. RAYNAUD, Paris : Sirey, 1983, n° 513, p. 399 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Droit civil : Les successions, les libéralités*, 4^e éd., Paris : Dalloz, 2014, coll. « Précis. Droit privé », n° 590, p. 524.

¹⁰⁴¹Au côté de la seule inexécution des charges, la révocation d'un legs peut résulter de l'inexécution d'un autre legs (V. M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1509, p. 399 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *op. cit.*, n° 489, p. 443). La pratique notariale a traduit cela par l'expression « à charge pour le légataire de délivrer les legs suivants », ce qui n'est pas sans contribuer à la confusion entre le legs et la charge de délivrer (V. *supra*, n° 186.).

¹⁰⁴²L'article 954 du Code civil relatif à la révocation pour inexécution appartient à une section s'intitulant « Des exceptions à la règle de l'irrévocabilité des donations entre vifs ».

¹⁰⁴³V. M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 5, *Donations et testaments*, 2^e éd., par A. TRASBOT et Y. LOUSSOUARN, Paris : LGDJ, 1957, n° 484, p. 620. Adde J. FLOUR et H. SOULEAU, *Droit civil : Les libéralités*, par H. SOULEAU, Paris : Armand Colin, 1982, coll. « U Série Droit privé », n° 160, p. 104.

¹⁰⁴⁴V. J. HAMEL, *op. cit.*, p. 177 ; M. BOUYSSOU, *op. cit.*, n° 177, p. 317 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *op. cit.*, n° 513, p. 399 ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 4, *Successions, Libéralités*, 5^e éd. par L. LEVENEUR et S. MAZEAUD-LEVENEUR, Paris : Montchrestien, 1999, n° 1523, p. 696 ; M. GRIMALDI, *Droit civil : Libéralités, partages d'ascendants*, Paris : Litec, 2000, n° 1418, p. 324 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *op. cit.*, n° 589, p. 524.

¹⁰⁴⁵Des auteurs estiment, au contraire, que l'application de ce régime résulte uniquement de l'article 1046 du Code civil (V. G. MARTY et P. RAYNAUD, *op. cit.*, n° 613, p. 468).

a. Une inexécution grave

438. L'importance de la charge inexécutée. À l'image de la résolution judiciaire de droit commun, seules les inexécutions les plus importantes conduisent le juge à révoquer la libéralité¹⁰⁴⁶. Afin de déterminer les manquements les plus graves, il a été proposé dans un premier temps de distinguer entre le caractère principal ou accessoire de la charge¹⁰⁴⁷. Dans un second temps, le recours à la notion de cause a été préféré afin que la sanction puisse reposer sur un fondement plus solide¹⁰⁴⁸. Ainsi, l'inexécution d'une charge conduit à la révocation de la libéralité uniquement si elle en a été la « cause impulsive et déterminante »¹⁰⁴⁹. Cette utilisation de la cause pour sauver la libéralité n'est pas sans rappeler l'interprétation par le juge judiciaire de l'article 900 du Code civil en matière de charge impossible, illicite ou contraire à l'ordre public¹⁰⁵⁰.

439. Difficultés. En matière de libéralité à caractère collectif, il est délicat de déterminer les charges qui revêtent une telle importance. D'abord, toutes les libéralités à caractère collectif sont des libéralités affectées au point qu'il est possible de découvrir une charge d'affectation pesant sur le bénéficiaire¹⁰⁵¹. Parfois, l'affectation revêt non seulement une dimension matérielle, mais également temporelle. Une obligation de ne pas disposer des biens peut être découverte¹⁰⁵². En outre, lorsqu'elle procède d'une fiducie aux fins de libéralité, l'intermédiaire doit transmettre les biens, leurs produits ou revenus à un tiers bénéficiaire qu'il aura parfois pris soin de désigner¹⁰⁵³. Les libéralités à caractère collectif sont encore très souvent grevées de charges d'intérêt privé¹⁰⁵⁴. Ensuite, les libéralités à caractère collectif sont également intéressées. Le bienfaiteur poursuit toujours un intérêt particulier qu'il soit moral ou matériel.

Finalement, dans la majorité des hypothèses, plusieurs obligations constituent des conditions *sine qua non* sans lesquelles le disposant ne se serait pas dépouillé¹⁰⁵⁵. Ainsi, la société

¹⁰⁴⁶Pour le droit commun, V. F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 652, p. 702.

¹⁰⁴⁷Sur cette proposition, V. J. HAMEL, *op. cit.*, p. 175 et s. ; M. BOUYSSOU, *op. cit.*, n° 171, p. 302 et s.

¹⁰⁴⁸V. J. HAMEL, *op. cit.*, p. 177 et s. Dans le même sens, V. M. BOUYSSOU, *op. cit.*, n° 172, p. 305 et s. ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *op. cit.*, n° 515, p. 401 ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, n° 1526, p. 698.

¹⁰⁴⁹V. Req., 2 juillet 1895, *D.* 1896, 1, p. 158 ; Civ. 1^{re}, 27 janvier 1981, n° 79-16.156, *Bull. civ.* I, n° 32 ; *RTD civ.* 1981, p. 891, obs. J. PATARIN. *Comp. Civ.* 1^{re}, 24 octobre 2000, n° 98-18.038, *Inédit* ; *Dr. famille* 2000, comm. 147, note B. BEIGNIER.

¹⁰⁵⁰V. *supra*, n° 36. *Adde* J. HAMEL, *op. cit.*, p. 181 ; M. BOUYSSOU, *op. cit.*, n° 172, p. 307.

¹⁰⁵¹V. *supra*, n°s 181. et s.

¹⁰⁵²V. *supra*, n°s 183. et s.

¹⁰⁵³V. *supra*, n° 226.

¹⁰⁵⁴V. *supra*, n°s 185. et s.

¹⁰⁵⁵Selon une expression empruntée à M. GRIMALDI (*V. Droit civil : Libéralités, partages d'ascendants*, Paris : Litec, 2000, n° 1250, p. 184).

commerciale, en matière de mécénat, poursuit toujours la recherche de retombées économiques. Celles-ci ne sont possibles que par le respect de l'affectation stipulée et la promotion de l'image de la société. De la même manière, une personne physique ayant grevé sa libéralité tant d'une charge d'affectation que d'une charge culturelle est attachée au respect de l'une comme de l'autre de ces obligations. Dès lors, le juge peut éprouver quelques difficultés à déterminer les charges ayant constitué la cause impulsive et déterminante de la libéralité à caractère collectif et ce d'autant plus qu'aucune ne pourrait l'être chaque fois que le prétendu bienfaiteur ne poursuit qu'une économie fiscale¹⁰⁵⁶.

440. Les frais de fonctionnement et de collecte. À cet égard, la pratique des frais de fonctionnement et de collecte pose un certain nombre de difficultés¹⁰⁵⁷. Celle-ci consiste à affecter une partie des libéralités reçues au fonctionnement de l'organisme, voire lorsqu'il s'agit de libéralités sollicitées aux frais de collecte. Une telle pratique pourrait constituer une *inexécution partielle de la charge d'affectation, expresse ou tacite, grevant la libéralité*. Les abus auxquels conduisent de telles pratiques ont été largement dénoncés par la Cour des comptes¹⁰⁵⁸. Une hypothèse doit néanmoins être réservée. Il s'agit de celle dans laquelle une libéralité à caractère collectif est adressée à un organisme redistributeur. La requalification de l'opération en fiducie innommée aux fins de libéralité permet de reconnaître au bénéficiaire du fiduciaire un droit à une rémunération¹⁰⁵⁹.

S'agissant des frais de fonctionnement, il est possible de raisonner comme en matière de subventions d'employeur. La Cour de cassation distingue les frais généraux du comité de ceux nés de ses activités sociales et culturelles¹⁰⁶⁰. Une telle grille de lecture aboutit à ce que les frais prélevés sur une libéralité ne soient pas affectés aux frais de fonctionnement consécutifs

¹⁰⁵⁶V. *supra*, n° 196.

¹⁰⁵⁷Les frais de fonctionnement renvoient aux « dépenses liées au fonctionnement du siège (parfois des délégations ou antennes locales) de l'association ». Quant aux frais de collecte, ce sont « les coûts directs d'appel à la générosité publique ainsi que les dépenses liées à la recherche de legs, de fonds privés et de fonds institutionnels publics. On y trouve parfois une partie des frais d'information et de communication. » Ce faisant, les sommes affectées à ces dépenses ne le sont pas aux « missions sociales » (V. C. comptes, *La qualité de l'information financière communiquée aux donateurs par les organismes faisant appel à la générosité publique*, Paris : la Documentation française, 2007, p. 19).

¹⁰⁵⁸V. notamment C. comptes, *Rapport d'observations définitives de la Cour des comptes sur « L'association France Alzheimer et maladies apparentées – Union nationale des associations Alzheimer : l'impact des recommandations de la Cour »*, juin 2009, p. 3.

¹⁰⁵⁹V. *supra*, n° 227.

¹⁰⁶⁰Distinguant les deux sources de subventions, la Cour de cassation a admis que l'employeur puisse déduire des sommes versées au titre de la subvention de fonctionnement la mise à disposition du personnel s'il établit que celle-ci vise « les besoins de fonctionnement dudit comité autres que ceux qui sont nécessités par les activités sociales et culturelles » (V. Crim., 4 octobre 1989, n° 88-66.163, *Bull. crim.*, n 341 ; Crim., 2 octobre 1990, n° 88-84.621, *Inédit*). Il s'en déduit que la subvention de fonctionnement a pour but de permettre la réalisation des autres missions que celles culturelles et sociales tandis que la seconde subvention doit permettre de couvrir les frais de fonctionnement consécutifs à cette œuvre (V. B. TEYSSIÉ, *Droit du travail, relations collectives*, 9^e éd., Paris : LexisNexis, 2014, coll. « Manuels », n° 434, p. 244).

à la réalisation d'une œuvre concurrente, ni davantage aux frais généraux du groupement. En tout état de cause de tels frais doivent être mesurés, sauf à constituer une inexécution partielle.

La question des frais de collecte est plus délicate à appréhender sauf à considérer, avec le juge administratif, que ces frais participent indirectement à l'œuvre souhaitée dans la mesure où ils visent les missions d'information et de sensibilisation du public¹⁰⁶¹. Une telle interprétation est cependant douteuse : en répondant à une sollicitation, le bienfaiteur souhaite affecter ses biens aux objectifs énoncés et non aux frais résultant de ladite sollicitation. Les groupements ayant recours à ce type de libéralités seraient bien avisés de développer d'autres moyens de financement au soutien de telles activités. En ce sens, la loi du 31 juillet 2014 leur offre de nouvelles perspectives puisqu'elle ouvre largement la possibilité aux associations et fondations d'émettre des titres « associatifs » et « fondatifs », c'est-à-dire des obligations¹⁰⁶².

L'importance du manquement n'est pas la seule condition à l'action en révocation judiciaire. Le recours au juge est normalement imposé.

b. Une décision judiciaire

Si la révocation est en principe judiciaire (i), des tempéraments ont toujours été admis (ii).

i. Le principe

441. La nature judiciaire de la révocation. La révocation de la libéralité est soumise, en principe, à une décision du juge judiciaire sans que soit nécessaire la mise en demeure du bénéficiaire de s'exécuter¹⁰⁶³. Le juge peut alors apprécier l'opportunité d'une telle révocation. S'il est saisi d'une demande reconventionnelle fondée sur l'article 900-3 du Code civil, le juge peut préférer réviser la charge plutôt que de révoquer la libéralité¹⁰⁶⁴. En tout état de cause, il prend en compte l'importance de l'inexécution qui peut être totale ou partielle¹⁰⁶⁵.

¹⁰⁶¹V. CE, 17 juin 2015, n° 369022. Dans le même sens, V. C. comptes, *L'emploi des fonds collectés par l'association Greenpeace France*, non publié, 2012, p. 87.

¹⁰⁶²L. n° 2014-856 du 31 juillet 2014, art. 70 et 84.

¹⁰⁶³V. M. BOUYSSOU, *op. cit.*, n° 174, p. 310 ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, n° 1524, p. 697.

¹⁰⁶⁴V. *supra*, n°s 412. et s.

¹⁰⁶⁵V. M. BOUYSSOU, *op. cit.*, n°s 170 et s., p. 301 et s. ; M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1419, p. 324, et n° 1422, p. 326 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *op. cit.*, note n° 2, ss n° 590, p. 525. *Contra* G. MARTY et P. RAYNAUD, *op. cit.*, n° 515, p. 401.

Il peut accorder au bénéficiaire un délai de grâce pour s'exécuter¹⁰⁶⁶. De la même manière, le juge peut prononcer une résolution partielle de la libéralité¹⁰⁶⁷. Il importe peu que l'inexécution soit fautive ou ne le soit pas¹⁰⁶⁸. Le fait que la charge soit stipulée dans l'intérêt du bénéficiaire lui-même ne saurait davantage faire échec à une telle action¹⁰⁶⁹.

442. Titulaires de l'action. L'action en révocation peut être intentée par le donateur de son vivant ou par ses ayants cause auxquels profiterait la révocation : héritiers ou légataires universels, voire leurs créanciers par la voie de l'action oblique¹⁰⁷⁰. L'action peut encore être initiée par l'exécuteur testamentaire pour lequel il s'agirait d'un devoir¹⁰⁷¹. En revanche, elle ne peut l'être par les bénéficiaires de la charge¹⁰⁷². Le tiers intéressé au maintien de la libéralité peut faire échec à une telle action en se proposant de se substituer au gratifié dans l'exécution de la charge¹⁰⁷³.

Si le Code civil impose le recours au juge, des tempéraments sont admis.

ii. Les tempéraments

443. La liberté contractuelle. Afin d'éviter les aléas d'une révocation judiciaire, il est possible de stipuler dans l'acte une clause résolutoire expresse. En dépit de la lettre de l'article 954 du Code civil, la validité d'une telle clause a toujours été admise¹⁰⁷⁴. Reste à savoir si elle peut faire entrave ou non à une action en révision de la charge¹⁰⁷⁵.

¹⁰⁶⁶V. Req., 14 mai 1838, *Dalloz jur. gén.*, v° *Dispositions entrent vifs et test.*, n° 1802 ; Req., 31 janvier 1899, *D.* 1899, 1, p. 272 ; Req., 5 juillet 1905, *D.* 1905, 1, p. 456 ; Civ. 1^{re}, 19 décembre 1984, n° 83-14.083, *Bull. civ. I*, n° 343 ; *RTD civ.* 1985, p. 762 ; Civ. 1^{re}, 13 octobre 1993, n° 91-17.899, *Bull. civ. I*, n° 277 ; *JCP G* 1993, IV 2616.

¹⁰⁶⁷V. Req., 26 novembre 1912, *S.* 1914, 1, p. 207 ; Req., 3 mai 1921, *D.* 1921, 1, p. 143.

¹⁰⁶⁸V. Civ., 19 octobre 1896, *D.* 1897, 1, p. 604 ; Req., 9 mai 1905, *D.* 1905, 1, p. 428 ; Civ. 1^{re}, 27 janvier 1981, n° 79-16.156, *Bull. civ. I*, n° 32 ; *D.* 1982 IR, p. 20. Sur cette question, V. J. HAMEL, *op. cit.*, p. 182 et s. ; M. BOUYSSOU, *op. cit.*, n° 173, p. 308 et s.

¹⁰⁶⁹V. M. BOUYSSOU, *op. cit.*, n° 169, p. 299. *Contra* J. HAMEL, *op. cit.*, p. 180.

¹⁰⁷⁰V. M. BOUYSSOU, *op. cit.*, n° 169, p. 300 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *op. cit.*, n° 515, p. 400 ; M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1420, p. 325 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *op. cit.*, n° 591, p. 525. Sur l'hypothèse d'une mésestente entre les héritiers face à l'inexécution du bénéficiaire, V. M. BOUYSSOU, *op. cit.*, n° 174, p. 311 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *op. cit.*, n° 515, p. 400.

¹⁰⁷¹V. M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1509, p. 400.

¹⁰⁷²V. M. BOUYSSOU, *op. cit.*, n° 169, p. 300 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *op. cit.*, n° 515, p. 400 ; M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1420, p. 325 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *op. cit.*, n° 591, p. 525.

¹⁰⁷³V. M. BOUYSSOU, *op. cit.*, n° 176, p. 316 ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, n° 1524, p. 697.

¹⁰⁷⁴V. Civ. 30 mai 1911, *S.* 1911, 1, p. 353 ; Civ. 1^{re}, 14 février 1956, *RTD civ.* 1956, p. 549 ; Civ. 1^{re}, 20 juin 1960, *Bull. civ. I*, n° 335 ; *JCP G* 1960, IV 122. Pour une illustration récente, V. Civ. 1^{re}, 25 septembre 2013, n° 12-13.747, *Bull. civ. I*, n° 181 ; *RTD civ.* 2013, p. 880, obs. M. GRIMALDI.

¹⁰⁷⁵V. *supra*, n° 414.

444. La résolution unilatérale. Quant à une éventuelle résolution unilatérale rien ne saurait s'y opposer¹⁰⁷⁶. Il convient cependant de respecter les conditions posées par la jurisprudence¹⁰⁷⁷ et reprise par l'avant-projet d'ordonnance réformant le droit des contrats¹⁰⁷⁸ : une inexécution suffisamment grave. Simplement, son utilité paraît se cantonner à de maigres hypothèses dans la mesure où l'inexécution des charges, du moins celles d'intérêt collectif, ne peut être consommée qu'après que le disposant a lui-même exécuté sa propre obligation. Il n'est possible d'affecter à l'œuvre les biens qu'une fois entré en possession de ces derniers. Si en théorie, le disposant ou ses ayants-cause peuvent être tentés d'invoquer la résolution unilatérale, en pratique, face au refus du groupement de restituer les biens objets de la libéralité, ces premiers devront nécessairement saisir le juge judiciaire. Finalement, la résolution unilatérale peut s'avérer intéressante lorsque l'obligation du disposant est à exécution successive. Par exemple en cas d'engagements sur un programme d'action pluriannuel en matière de fondation d'entreprise¹⁰⁷⁹, faute pour la fondation de respecter l'affectation des versements reçus, les personnes morales fondatrices devraient pouvoir s'opposer unilatéralement au versement des sommes à venir. Ensuite, la résolution unilatérale peut être utile en cas de donation à terme, par exemple en présence d'actes de fondation stipulant que le versement de la dotation est fractionné¹⁰⁸⁰. Dans ces deux hypothèses, la révocation unilatérale peut être concurrencée par l'exception d'inexécution¹⁰⁸¹, à la différence que cette seconde technique est temporaire.

Les effets de la révocation sont, au contraire, définitifs.

¹⁰⁷⁶Les articles 956 et 1184 du Code civil disposent que la révocation et la résolution n'ont pas lieu de plein droit. Dans la mesure où la jurisprudence admet la résolution unilatérale sur le terrain de l'article 1184, elle devrait également la reconnaître sur celui de l'article 946.

¹⁰⁷⁷En cas de manquement grave du débiteur à ses obligations, la résolution unilatérale est admise aux risques et périls de celui qui la prononce (V. Civ. 1^{re}, 13 octobre 1998, n° 96-21.485, *Bull. civ.* I, n° 300 ; H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et F. CHÉNÉDÉ, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, *Obligations, contrats spéciaux, sûretés*, 13^e éd., Paris : Dalloz, 2015, coll. « Grands arrêts », n° 181, p. 250 et s. ; D. 1999, p. 197, obs. C. JAMIN). Sur cette jurisprudence, V. F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil : Les obligations*, 11^e éd., Paris : Dalloz, 2013, coll. « Précis. Droit privé », n°s 660 et s., p. 711 et s.

¹⁰⁷⁸V. Projet d'ordonnance pris en application de la loi n° 2015-177 du 16 février 2015 habilitant le gouvernement à réformer le droit commun des contrats, le régime des obligations et le droit de la preuve, art. 1124 et 1126.

¹⁰⁷⁹V. *supra*, n° 124.

¹⁰⁸⁰V. *supra*, n° 86.

¹⁰⁸¹Sur son admission en matière d'inexécution des libéralités, V. F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *op. cit.*, n° 589, p. 523. Plus largement sur cette sanction en droit commun, V. F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n°s 360 et s., p. 685 et s.

2. Les effets

445. Les effets civils : l'anéantissement rétroactif. L'article 954 du Code civil précise les effets de la révocation judiciaire. Selon ce texte, les biens objets de la libéralité feront retour au bienfaiteur « libres de toutes charges et hypothèques du chef du bénéficiaire ». En d'autres termes, la révocation emporte l'*anéantissement rétroactif de la libéralité*. Entre les parties, la révocation conduit à la restitution de la chose en nature, sauf si elle a disparu par la faute du bénéficiaire auquel cas la restitution se fait en valeur¹⁰⁸². La révocation donne lieu à l'établissement d'un règlement afférent aux fruits et aux impenses¹⁰⁸³. À l'égard des tiers, la révocation de la libéralité leur est opposable. Les tempéraments classiques du droit commun atténuent la rigueur de la solution¹⁰⁸⁴.

De tels effets sont souvent bien trop lourds si la résolution est prononcée des décennies après la réalisation de la libéralité. La révocation n'est pas toujours opportune. Dès lors, pour l'écartier les juges vont souvent préférer réviser la charge litigieuse ou plus simplement décider que celle-ci ne constitue pas la cause impulsive et déterminante de la libéralité.

446. Les effets fiscaux : l'indifférence. En revanche, la révocation fondée sur l'article 954 du Code civil est inopposable à l'Administration fiscale. Le Code général des impôts précise que les droits d'enregistrement ainsi que la taxe de publicité foncière en matière de donation portant sur des immeubles « ne sont pas sujets à restitution dès l'instant qu'ils ont été régulièrement perçus sur les actes ou contrats ultérieurement révoqués ou résolus par application [de l'article] 954 » du Code civil¹⁰⁸⁵. Le retour des biens dans le patrimoine du disposant ou ses ayants cause ne saurait donner lieu à une nouvelle taxation¹⁰⁸⁶.

Si la révocation judiciaire des libéralités pour inexécution des charges fait l'objet d'une large étude en doctrine, les régimes spéciaux de révocation méritent une même attention.

¹⁰⁸²V. M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1424, p. 328. Comp. F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *op. cit.*, n° 592, p. 527.

¹⁰⁸³V. F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *op. cit.*, n° 592, p. 527. *Adde* M. BOUYSSOU, *op. cit.*, n° 175, p. 314.

¹⁰⁸⁴Possession mobilière de l'article 2276 du Code civil, usucapion, actes d'administration non remis en cause, etc. (V. M. BOUYSSOU, *op. cit.*, n° 176, p. 316 ; M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1425, p. 329 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *op. cit.*, n° 592, p. 528).

¹⁰⁸⁵CGI, art 1961. Sur la doctrine fiscale, V. BOI-CTX-DRO-10-20120912, n° 200.

¹⁰⁸⁶V. BOI-ENR-DG-20-20-50-20120912, n°s 180 et s.

B. Les régimes spéciaux

À l'heure actuelle, seule la reprise des apports constitue un régime de révocation dérogatoire au droit commun. Pendant longtemps, la loi reconnaissait à l'administration un pouvoir de révoquer les libéralités qu'elle avait autorisées. Une telle possibilité semble avoir disparu. De même, si la loi prévoit toujours les modalités de reprise des biens des congrégations et des anciens établissements publics du culte, ces régimes ont été instaurés à la suite des lois de sécularisation et de laïcisation. S'ils n'ont pas été abrogés depuis, ils sont tombés en désuétude. Leur étude n'est pas pour autant dénuée d'intérêt. Ces régimes posent également la question de la reprise des biens en cas de dissolution du groupement.

Finalement, les régimes spéciaux de révocation sont de deux ordres : l'ancienne révocation administrative (1) ; la reprise des biens donnés et légués (2).

1. L'ancienne révocation administrative

447. L'ancien article 6 *in fine* de la loi du 1^{er} juillet 1901. Jusqu'à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 28 juillet 2005, le dernier alinéa de l'article 6 de la loi du 1^{er} juillet 1901 précisait que :

Lorsqu'une association donnera au produit d'une libéralité une affectation différente de celle en vue de laquelle elle aura été autorisée à l'accepter, l'*acte d'autorisation pourra être rapporté par décret en Conseil d'État*¹⁰⁸⁷.

Or, à l'époque de l'ancienne procédure d'autorisation préalable¹⁰⁸⁸, il n'était pas rare que l'autorité de tutelle fixe l'affectation du produit de la libéralité, reprenant ou précisant, l'affectation voulue par le disposant¹⁰⁸⁹. Cette disposition, introduite par la loi du 23 juillet 1987¹⁰⁹⁰, correspond exactement à l'ancien article 38 de la loi du 14 janvier 1933, qui visait alors les seules associations de bienfaisance.

L'intégration de cette faculté de révocation administrative au sein de l'article 6 de la loi du 1^{er} juillet 1901 posait nécessairement la question de son champ d'application matérielle. Sous

¹⁰⁸⁷Nous soulignons.

¹⁰⁸⁸V. *supra*, n° 279.

¹⁰⁸⁹Une telle pratique résulte des décisions du Conseil d'État rendues en matière de tutelle administrative (V. CE, 11 mai 1994, *Fondation du bocage c/ Préfet de Savoie*, n° 119635 ; *AJDA* 1994, p. 912, note X. PRÉTOT ; *JCP N* 1995, II 281, note M.-C. ROUAULT). Ainsi, l'autorité administrative « peut subordonner son autorisation à toute autre considération qui lui paraîtrait requérir, en l'espèce, l'intérêt général, voire l'intérêt bien compris de la fondation » (V. M. POMEY, *Traité des fondations d'utilité publique*, Paris : PUF, 1980, p. 211).

¹⁰⁹⁰L. n° 87-571 du 23 juillet 1987, art. 16.

l'empire de la loi du 14 janvier 1933, la possibilité de rapporter l'autorisation d'accepter la libéralité ne visait que les associations de bienfaisance¹⁰⁹¹. Or, cette faculté était le corollaire de l'obligation faite à ces associations d'adresser à l'autorité de tutelle leur rapport annuel ainsi que leurs comptes et de tenir à sa disposition, sur simple réquisition, leurs registres afin de vérifier l'usage qui avait été fait de la libéralité¹⁰⁹². Une telle obligation révélait le non-respect de l'affectation de la libéralité. Sous l'empire de la loi du 23 juillet 1987, une telle obligation a été reprise par un décret du 13 juin 1966¹⁰⁹³. Simplement, elle ne visait que les associations assimilées, c'est-à-dire les anciennes associations ayant pour but exclusif l'assistance, la bienfaisance, la recherche médicale ou scientifique. En toute logique, la révocation administrative ne devait concerner que ces seules associations.

Profitant de l'ambiguïté de la lettre du texte¹⁰⁹⁴, le Conseil d'État semble avoir eu une lecture extensive de cette possibilité allant jusqu'à s'y référer en matière de fondations reconnues d'utilité publique¹⁰⁹⁵. L'autorisation d'accepter la libéralité pouvait donc être rapportée en toute matière.

Outre l'embarras lié au champ d'application de ce texte, d'autres difficultés peuvent être rapidement évoquées. D'abord, la forme de la sanction interpelle. Jusqu'à son abrogation, l'article 6 précité visait toujours l'intervention d'un décret en Conseil d'État alors que depuis bien longtemps l'autorisation d'accepter les libéralités était dévolue aux autorités déconcentrées de l'État. Or, un principe de parallélisme des formes gouverne en général la matière¹⁰⁹⁶. Ensuite, aucun texte ne prévoit les effets de la mise en œuvre d'une telle révocation administrative¹⁰⁹⁷. En toute logique, elle ne devait jouer que pour l'avenir à l'instar

¹⁰⁹¹V. R. CASSIN, *Droit civil approfondi et comparé : les libéralités avec charge et les fondations*, Paris : les Cours de droit, 1939, p. 393.

¹⁰⁹²V. A. DEMICHEL, *Le contrôle de l'État sur les organismes privés : essai d'une théorie générale*, préf. J.-M. BUY, Paris : LGDJ, 1960, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 29, p. 141.

¹⁰⁹³D. n° 66-388, art. 4.

¹⁰⁹⁴Le texte a été déplacé au sein d'un article visant toutes les associations et non les seules associations assimilées. Pour autant, les débats préparatoires confortent cette lecture. Le législateur a entendu regrouper au sein de l'article 6 les dispositions concernant toutes les associations assimilées (V. JO AN CR 1987, n° 54/1, p. 3709). Dans le même sens sur la portée de cet alinéa, implicitement V. L. IMBERT, *J.-Cl. civil code*, art. 910, fasc. 10 : « Donations et testaments – Capacité de recevoir des personnes morales – L'autorisation administrative – Domaine. Procédure », n° 29.

¹⁰⁹⁵V. CE, 11 mai 1994, *Fondation du bocage c/ Préfet de Savoie*, précité.

¹⁰⁹⁶L'autorisation est toujours retirée selon les mêmes formes que son octroi. S'agissant de la reconnaissance d'utilité publique en matière d'associations, la loi prévoit que « la reconnaissance d'utilité publique peut être retirée dans les mêmes formes » (L. du 1^{er} juillet 1901, art. 10). La même disposition vise le retrait pour les fondations reconnues d'utilité publique (L. n° 87-571 du 23 juillet 1987, art. 18). Un tel parallélisme se retrouve en matière de retrait de la reconnaissance légale de la congrégation (L. du 1^{er} juillet 1901, art. 13), ou de l'autorisation bénéficiant à une fondation d'entreprise (D. n° 91-1005 du 30 septembre 1991, art. 14).

¹⁰⁹⁷Rapporter un acte doit s'entendre du fait d'« abroger, annuler, rétracter » celui-ci (V. G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., Paris : PUF, 2014, coll. « Quadriges », v° *Rapporter I*). Mais ces actes ont des effets dans le temps différent. L'annulation, comme la rétractation ont un effet rétroactif (V. *ibidem*, v° *Rétractation*). L'abrogation vaut, en revanche, pour l'avenir (V. *ibidem*, v° *Abrogation*). Adde D. TRUCHET, *Droit administratif*, 6^e éd., Paris : PUF, 2015, coll. « Thémis. Droit », n° 775, p. 238.

du retrait des différentes reconnaissances d'utilité publique¹⁰⁹⁸ ou du rapport de l'autorisation accordée à un organisme d'utilité publique de mettre en place des comptes d'association¹⁰⁹⁹.

448. L'abrogation de la révocation administrative. Depuis, l'ordonnance du 28 juillet 2005 est venue substituer à la procédure d'autorisation préalable, une procédure de non-opposition¹¹⁰⁰. Elle a, dans le même temps, abrogé le dernier alinéa de l'article 6 de la loi du 1^{er} juillet 1901¹¹⁰¹. Quant au décret d'application¹¹⁰², il n'a pas repris l'obligation susvisée de justifier l'emploi de la libéralité reçue. Ce faisant, en abrogeant cette disposition, l'ordonnance est venue mettre un terme à la révocation administrative en toute hypothèse, c'est-à-dire même lorsque l'autorité administrative est appelée à autoriser l'acceptation de la libéralité.

La révocation administrative appartient désormais à l'histoire du droit. De la même manière, certains régimes de reprise consécutifs à la dissolution de certains groupements sont complètement désuets.

2. *La reprise en cas de dissolution de certains groupements*

La loi permet la reprise de certains biens adressés à certains groupements en cas de liquidation. Il s'agit de la reprise des apports aux associations (a) et des biens donnés ou légués à certains groupements religieux (b).

a. *La reprise des apports aux associations*

449. Une condition résolutoire. La reprise d'apport conduit à ce que l'apporteur d'un bien à une association se le voie restituer en cas de dissolution de celle-ci. Cette reprise n'est pas automatique. Elle ne joue que lorsqu'elle a été prévue dans l'acte d'apport, dans les statuts de l'association, ou à défaut, sur décision de l'assemblée générale décidant la dissolution du

¹⁰⁹⁸L. du 1^{er} juillet 1901, art. 10 ; L. n° 87-571 du 23 juillet 1987, art. 18. Si la loi emploie le terme de « retrait », il est admis qu'il s'agisse d'une hypothèse de « rapport » de l'acte administratif (V. A. DEMICHEL, *op. cit.*, p. 133 et p. 138).

¹⁰⁹⁹L. n° 87-571 du 23 juillet 1987, art. 5. Cette possibilité de rapporter l'autorisation est la sanction d'une même obligation comptable d'établir des comptes annuels.

¹¹⁰⁰V. *supra*, n° 271.

¹¹⁰¹Ord. n° 2005-856 du 28 juillet 2005, art. 2.

¹¹⁰²D. n° 2007-807 du 11 mai 2007.

groupement¹¹⁰³. Une telle reprise d'apport n'est pas incompatible avec le principe de l'irrévocabilité des donations¹¹⁰⁴.

À y regarder de plus près, l'institution de la reprise d'apport est parfaitement cohérente¹¹⁰⁵. Elle traduit l'existence d'une *condition résolutoire*. L'apport étant par essence affecté au fonctionnement de l'association¹¹⁰⁶, une fois celle-ci dissoute, l'inexécution de la charge grevant l'acte est consommée. En d'autres termes, *la clause de reprise d'apport constitue une simple clause résolutoire venant sanctionner la disparition de l'affectation souhaitée par le bienfaiteur et donc l'inexécution de la charge*. Il est alors logique, qu'à la différence d'une simple clause de retour conventionnel¹¹⁰⁷, la reprise d'apport profite tant à l'apporteur qu'à ses ayants cause¹¹⁰⁸.

450. Une résolution pour l'avenir. Si les biens apportés font retour dans le patrimoine de l'apporteur ou de ses descendants, sont seuls visés les biens encore présents au jour de la dissolution¹¹⁰⁹, dans l'état dans lequel ils se trouvent sans que la responsabilité de l'association puisse être recherchée¹¹¹⁰. En d'autres termes, *la reprise de l'apport n'a d'effet que pour l'avenir*¹¹¹¹. Il s'agit alors d'une simple application des solutions de droit commun retenues sur le fondement de l'article 1184 du Code civil. L'exécution de la charge

¹¹⁰³V. *supra*, n° 131.

¹¹⁰⁴V. *supra*, n° 141.

¹¹⁰⁵Comp. G. CORNU, obs. ss CA Rennes, 8 octobre 1969, *RTD civ.* 1970, p. 372 (considérant que l'apport pouvait « encourir une révocation pour inexécution des charges »).

¹¹⁰⁶V. *supra*, n° 173.

¹¹⁰⁷Il aurait été possible d'analyser la reprise d'apport sous le prisme de la clause de retour conventionnel qui aboutit à un retour des biens donnés dans le patrimoine du disposant en cas de prédécès du donateur, voire de ses descendants (C. civ., art. 951) (Comp. G. DELESALLE, *Les apports aux associations*, Paris : Jouve, 1944, n° 46, p. 51). La dissolution de l'association pourrait s'apparenter à la mort d'une personne physique. Selon un auteur, en effet, « la personne morale ne naît pas comme une personne physique ; elle ne meurt pas non plus comme elle, mais elle meurt ». (V. E. PIEBOURG, *De la condition des personnes civiles en droit romain et en droit français*, Paris : A. Parent, 1875, p. 197. *Adde* dans le même sens L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, 2^e partie, *La vie des personnes morales, leur suppression et ses conséquences*, 2^e éd, par L. TROTABAS, Paris : LGDJ, 1924, rééd., 1998, n° 335, p. 366 ; S. CARPI-PETIT, *Les successions en droit administratif*, Rennes : Presse universitaire de Rennes, 2006, coll. « Univers des normes », p. 19). Pour autant, les motivations attachées à la clause de retour conventionnelle et à la reprise d'apport sont profondément différentes. D'un côté, la clause de retour conventionnelle est inspirée par une préférence du gratifié envers lui-même plutôt qu'envers les parents du gratifié (V. M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1225, p. 174). Dans la clause de retour conventionnel, « on a coutume d'exprimer la nature de leurs sentiments sur ce point en disant qu'ils préfèrent le donataire à eux-mêmes, mais qu'ils se préfèrent eux-mêmes aux héritiers du donataire » (V. M. PLANIOL et G. RIPERT, *op. cit.*, n° 449, p. 478). D'un autre côté, la clause de reprise d'apport est attachée à l'affectation des biens souhaitée par l'apporteur.

¹¹⁰⁸V. D. LEPETIER, « Apports et reprise d'apports dans les associations », *Bull. Joly Sociétés* 1997, p. 401 et s., n° 8.

¹¹⁰⁹La reprise a toujours lieu en nature et jamais par équivalent (V. Civ. 1^{re}, 17 octobre 1978, n° 77-12.838, *Bull. civ. I*, n° 301 ; *Rev. sociétés* 1979, p. 565, note R. PLAISANT).

¹¹¹⁰La jurisprudence est constante sur ce point, la clause de reprise d'apport n'a pas pour effet de rendre le bien apporté inaliénable. V. notamment Civ. 1^{re}, 27 juin 2000, n° 98-17.733, *Bull. civ. I*, n° 195 ; *Defrénois* 2000, p. 1226 et s., note R. CRÔNE. Néanmoins, l'apporteur peut stipuler une clause d'inaliénabilité afin de pouvoir reprendre les biens dans leur état au jour de l'apport. V. Civ. 1^{re}, 23 janvier 2008, n°06-16.120, *Bull. civ. I*, n° 19 ; *Defrénois* 2008, p. 971 et s., note Ph. MALAURIE.

¹¹¹¹V. V. AVENA-ROBARDET, « La reprise d'un immeuble apporté à une association n'a pas pour conséquence d'anéantir l'hypothèque le grevant », *D.* 2000, p. 363 et s.

d'affectation est, en effet, échelonnée dans le temps. À l'instar de l'article 954 du Code civil, l'article 1184 susvisé consacre la rétroactivité de la résolution pour inexécution. Pourtant, la jurisprudence a toujours cantonné la portée de cette sanction pour les contrats à exécution successive¹¹¹² : les juges vont selon les cas soit prononcer une résolution pour l'avenir, soit moduler la date à laquelle le contrat est rétroactivement annulé. La jurisprudence retient que la résolution produit ses effets dès sa conclusion seulement lorsque le contrat n'a jamais fait l'objet d'une quelconque exécution¹¹¹³. Dans un contrat à exécution échelonné la résolution judiciaire « n'opère pas pour le temps où le contrat a été régulièrement exécuté »¹¹¹⁴.

Si la reprise d'apport en cas de dissolution d'une association a une origine conventionnelle, le législateur a prévu des régimes légaux de reprise des biens objet d'une libéralité au profit de certains groupements religieux.

b. *La reprise des biens donnés et légués à certains organismes religieux*

451. Une reprise légale. La reprise des biens n'est pas isolée en matière de libéralités à caractère collectif. Le législateur l'a depuis longtemps admise en matière de dissolution de congrégations religieuses de femmes. La loi prévoit, encore aujourd'hui, qu'« En cas d'extinction d'une congrégation ou maison religieuse de femmes, ou de révocation de l'autorisation qui lui aurait été accordée, les biens acquis par donation entre vifs ou par disposition à cause de mort feront retour aux donateurs ou à leurs parents au degré successible, ainsi qu'à ceux des testateurs au même degré. »¹¹¹⁵ À la différence de la reprise d'apport, le retour des biens donnés ou légués en cas de dissolution d'une congrégation de

¹¹¹²V. Req., 18 mai 1839, *D.* 1839, 1, p. 230 ; Civ., 2 mars 1938, *D.* 1938, 1, p. 89 ; Com., 3 janvier 1972, n° 69-13.953, *Bull. civ.* IV, n° 1. Pour une étude de la jurisprudence, V. J. GHESTIN, « L'effet rétroactif de la résolution des contrats à exécution successive », *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Paris : Dalloz : Sirey, 1985, p. 203 et s. Deux analyses sont traditionnellement présentées pour justifier la limitation des effets de la résolution. La première considère que le contrat est résilié, dissout, à partir de la date à laquelle le débiteur a cessé de remplir ses obligations. La seconde estime que le contrat disparaît pour le passé sous la seule réserve de l'impossibilité pratique. Sur ces courants, V. F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 655, p. 706. Contre une telle distinction entre contrats à exécution instantanée et à exécution successive, V. T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, préf. L. LEVENEUR, Paris : LGDJ, 2007, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 484, n°s 814 et s., p. 580 et s., spéc. n° 818, p. 583.

¹¹¹³V. Civ. 3^e, 30 avril 2003, n° 01-14.890, *Bull. civ.* III, n° 87 ; *JCP G* 2004, II 10031, note C. JAMIN ; *RTD civ.* 2003, p. 501, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *Defrénois* 2003, p. 1175, obs. É. SAVAUX ; *RDC* 2004, p. 365, obs. J.-B. SEUBE.

¹¹¹⁴V. Civ. 3^e, 30 avril 2003, précité. *Adde* Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 7^e éd., Paris : Defrénois-Lextenso éd., 2015, coll. « Droit civil », n° 881, p. 464.

¹¹¹⁵L. du 24 mai 1825, art. 7.

femmes a lieu de plein droit, encore que l'exercice du droit de retour doit être demandé en justice¹¹¹⁶.

Dans cette lignée, les lois de laïcisation et sécularisation ont mis en place une véritable « action en reprise » ouverte à certains bienfaiteurs et leurs descendants du fait de la disparition des anciennes congrégations non autorisées¹¹¹⁷ et des anciens établissements publics du culte¹¹¹⁸. Le disposant ou ses descendants pouvaient alors sous certaines conditions revendiquer les biens donnés ou légués. Si ces dispositions n'ont pas été abrogées depuis, elles sont totalement désuètes.

PLANIOL et RIPERT proposent une étude de ces différents régimes au sein des règles gouvernant l'inexécution des charges des libéralités aux personnes morales¹¹¹⁹. Pour ces auteurs, en effet, les lois de laïcisation et de sécularisation aboutissent au non-respect des charges expresses ou implicites grevant les libéralités adressées à ces groupements¹¹²⁰. De la même manière, la solution retenue en matière de congrégations de femmes trouvait sa justification dans la volonté présumée des donateurs qui ne voulaient se dépouiller qu'au profit desdites congrégations et non au profit de l'État. Il s'agirait d'une « sorte de révocation pour inexécution de charge »¹¹²¹.

Finalement, la dissolution du groupement consomme une inexécution. Il est logique qu'elle conduise à une révocation des libéralités qui lui ont été adressées. Pourtant, de nombreux textes encadrent la dévolution de l'actif net consécutive à la liquidation d'un groupement faisant obstacle à une telle révocation¹¹²².

La résolution pour inexécution n'est pas la seule sanction de l'inexécution des libéralités à caractère collectif. L'exécution forcée peut être préférée.

¹¹¹⁶V. M. PLANIOL et G. RIPERT, *op. cit.*, n° 899, p. 1148.

¹¹¹⁷L. du 1^{er} juillet 1901, art. 18.

¹¹¹⁸L. du 9 novembre 1905, art. 7 et 9.

¹¹¹⁹V. M. PLANIOL et G. RIPERT, *op. cit.* nos 898 et s., p. 1148 et s.

¹¹²⁰V. *ibidem*.

¹¹²¹V. E. PIEBOURG, *op. cit.*, p. 205 et s.

¹¹²²V. *supra*, n° 154.

§2. L'exécution forcée

L'exécution forcée paraît de prime abord une solution plus efficace face à l'inexécution d'une libéralité à caractère collectif : elle aboutit à l'exécution des charges ; elle respecte les volontés du disposant. L'étude des contours de cette action le mettra en évidence. Il n'en demeure pas moins qu'une telle action ne peut pas toujours aboutir ce qui constitue un obstacle sérieux à son attractivité.

Les contours de l'action étudiés (A), ses limites seront présentées (B).

A. Les contours de l'action

452. Efficacité de la sanction. L'exécution forcée a toujours été admise en matière de libéralités avec charge¹¹²³. Une telle sanction conduit à ce que « tout créancier [puisse], dans les conditions prévues par la loi, contraindre son débiteur défaillant à exécuter ses obligations à son égard »¹¹²⁴. Ainsi, le créancier insatisfait peut poursuivre l'exécution en nature de l'obligation¹¹²⁵. Une telle voie peut, de prime abord, paraître efficace en présence des seules obligations pécuniaires ou de délivrance car elle conduit à la mise en œuvre des voies d'exécution. Elle l'est plus généralement et cela quelle que soit la nature de l'obligation en cause¹¹²⁶. Sur le terrain de l'exécution forcée, il est, en effet, possible de saisir le juge afin qu'il ordonne « toute mesure permettant une telle exécution »¹¹²⁷. Parmi celles-ci, se trouve l'astreinte¹¹²⁸, qui permet d'obtenir l'exécution sous la menace d'une pression exercée sur les biens du débiteur¹¹²⁹. De surcroît, l'existence d'une décision de justice ordonnant l'exécution de l'obligation permet, à elle seule, d'exercer une certaine pression sur le débiteur défaillant.

L'exécution forcée apparaît être la plus efficace des sanctions à l'encontre de l'inexécution d'une charge grevant la libéralité à caractère collectif qu'il s'agisse d'une charge d'intérêt

¹¹²³V. R. CASSIN, *Droit civil approfondi et comparé : les libéralités avec charge et les fondations*, Paris : les Cours de droit, 1939, p. 385 et s. ; M. BOUYSSOU, *Les libéralités avec charges en droit civil français*, préf. G. MARTY, Paris : Sirey, 1947, nos 156 et s., p. 277 et s.

¹¹²⁴CPCE, art. L. 111-1.

¹¹²⁵Comp. Projet d'ordonnance pris en application de la loi n° 2015-177 du 16 février 2015 habilitant le gouvernement à réformer le droit commun des contrats, le régime des obligations et le droit de la preuve, art 1221.

¹¹²⁶Comp. M. BOUYSSOU, *op. cit.*, n° 165, p. 292.

¹¹²⁷V. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Les obligations* t. 3, *Le rapport d'obligation*, 9^e éd., Paris : Sirey, 2015, coll. « Sirey Université. Série Droit privé », n° 157, p. 148.

¹¹²⁸V. *ibidem*, nos 164 et s., p. 140 et s. Pour une étude plus complète, V. J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil : Les obligations, régime général*, 3^e éd., Paris : Economica, 2013, coll. « Corpus droit privé », nos 255 et s., p. 264 et s. ; R. PERROT et Ph. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, 3^e éd., Paris : Dalloz, 2013, nos 73 et s., p. 72 et s.

¹¹²⁹V. F. ZÉNATTI-CASTAING et T. REVET, *Cours de droit civil, obligations : régime*, Paris : PUF, 2013, coll. « Droit fondamental. Manuels », n° 60, p. 127.

privé ou d'intérêt collectif. D'abord, elle conduit à l'exécution de l'obligation et donc au respect des volontés du disposant. Ensuite, elle permet de sanctionner la violation de toutes les inexécutions tandis que l'action en révocation ne s'intéresse qu'aux plus graves, c'est-à-dire aux charges ayant constitué la cause impulsive et déterminante de la libéralité. Pour autant, force est de constater que celle-ci est peu usitée en pratique¹¹³⁰ ; les héritiers préfèrent en général avoir recours à l'action en révocation afin de récupérer les biens transmis.

453. Titulaires de l'action. La principale question qui retient la doctrine en matière d'exécution forcée des charges grevant les libéralités est celle de la détermination des titulaires de l'action¹¹³¹, encore que les auteurs s'intéressent assez peu à cette voie¹¹³². Il est désormais admis que le disposant et ses différents ayants cause peuvent agir, tout comme l'exécuteur testamentaire, en exécution forcée¹¹³³. Peu importe alors la personne à laquelle profite la charge, qu'il s'agisse du disposant, d'un tiers ou du gratifié lui-même¹¹³⁴. La nature de l'acte est de la même manière indifférente ; il importe peu qu'il s'agisse d'une donation ou d'un acte juridique unilatéral¹¹³⁵.

Par ailleurs, chaque fois que la charge bénéficie à un tiers, celui-ci est également titulaire de l'action en exécution¹¹³⁶, tout comme ses créanciers par voie oblique¹¹³⁷. Dans la mesure où l'acte repose sur le mécanisme de la stipulation pour autrui, cette faculté est subordonnée à l'acceptation par le bénéficiaire de la charge. Celle-ci permet de consolider son droit et lui confère une action directe et immédiate à l'encontre du promettant¹¹³⁸. La forme d'une telle acceptation est libre et peut intervenir à tout moment¹¹³⁹. La jurisprudence admet même qu'elle précède la stipulation¹¹⁴⁰. La solution doit être la même en présence d'une fiducie

¹¹³⁰Déjà en ce sens, V. M. BOUYSSOU, *op. cit.*, n° 167, p. 295 et s.

¹¹³¹Pour d'autres difficultés, V. M. BOUYSSOU, *op. cit.*, n°s 165 et s., p. 291 et s.

¹¹³²Déjà sur ce constat, V. R. CASSIN, *op. cit.*, p. 385.

¹¹³³V. *ibidem*, p. 386.

¹¹³⁴V. *ibid.* Sur l'évolution de la pensée doctrinale sur ces questions, V. M. BOUYSSOU, *op. cit.*, n°s 157 et s., p. 277 et s. Adde F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Droit civil : Les successions, les libéralités*, 4^e éd., Paris : Dalloz, 2014, coll. « Précis. Droit privé », n° 586, p. 522.

¹¹³⁵V. M. BOUYSSOU, *op. cit.*, n°s 161 et s., p. 284 et s.

¹¹³⁶V. R. CASSIN, *op. cit.*, p. 387 ; M. BOUYSSOU, *op. cit.*, n° 160, p. 283 ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *op. cit.*, n° 586, p. 521.

¹¹³⁷V. F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *op. cit.*, n° 586, p. 521.

¹¹³⁸V. M. BOUYSSOU, *op. cit.*, n° 160, p. 283. En droit commun, V. F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil : Les obligations*, 11^e éd., Paris : Dalloz, 2013, coll. « Précis. Droit privé », n°s 523 et s., p. 582 et s. Adde C. LARROUMET, *Les opérations juridiques à trois personnes*, thèse de doctorat en droit, Bordeaux : Université de Bordeaux IV, 1968, n°s 145 et s., p. 333 et s.

¹¹³⁹V. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 519, p. 579.

¹¹⁴⁰V. Civ. 1^{re}, 26 juin 1961, *Bull. civ. I*, n° 337 ; Civ. 1^{re}, 19 décembre 2000, n° 98-14.105, *Bull. civ. I*, n° 333 ; D. 2001, p. 3482, note I. ARDEEFF ; *Defrénois* 2001, p. 700, obs. R. LIBCHABER.

innommée aux fins de libéralité puisqu'elle emprunte le régime de la stipulation pour autrui¹¹⁴¹.

Si l'action en exécution forcée paraît particulièrement efficace pour sanctionner l'inexécution d'une libéralité à caractère collectif, l'action est néanmoins assortie de limites importantes.

B. Les limites de l'action

454. Limites tenant à la titularité de l'action. S'il est admis que le bénéficiaire d'une libéralité à caractère collectif peut agir en exécution forcée, encore faut-il que ce dernier soit déterminé ou déterminable. Ce faisant, la collectivité, voire la catégorie de personnes visées par l'œuvre, ne saurait être considérée comme bénéficiaire d'une libéralité à caractère collectif au sens juridique du terme¹¹⁴². Une personne intéressée par l'œuvre ne saurait alors agir en exécution forcée¹¹⁴³ ; elle n'est qu'un bénéficiaire éventuel¹¹⁴⁴. Cette limitation des titulaires de l'action en exécution forcée constitue un frein important à son efficacité chaque fois qu'aucun exécuteur testamentaire n'aura été désigné¹¹⁴⁵. De telles difficultés sont communes aux libéralités avec charges ou aux fiducies aux fins de libéralité lorsque le fiduciaire est chargé de désigner le bénéficiaire final.

Des auteurs ont envisagé cette difficulté sous l'angle de la fondation avec recours à une personne morale préexistante¹¹⁴⁶. Selon eux, il serait possible de reconnaître largement aux tiers la possibilité d'agir à l'encontre de la personne morale dès lors qu'ils peuvent être individualisés au jour où le gratifié doit s'exécuter. Une distinction s'imposerait alors selon que la déterminabilité du bénéficiaire est objective ou subjective. Elle est objective lorsque le tiers remplit objectivement les conditions fixées par le disposant. Dans ce cas, ce tiers devrait pouvoir agir en exécution forcée contre la personne morale. Ainsi, un orphelin pourrait agir à l'encontre d'une commune chargée de créer un centre d'accueil pour orphelins à l'aide de la fondation. Au contraire, la déterminabilité est subjective quand le groupement jouit d'une

¹¹⁴¹V. C. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, préf. D. SCHMIDT, Paris : Economica, 1981, n° 284, p. 275.

¹¹⁴²V. *supra*, n°s 213. et s.

¹¹⁴³Déjà sur cette difficulté, V. M. BOUYSSOU, *op. cit.*, n° 167, p. 296.

¹¹⁴⁴V. R. CASSIN, *op. cit.*, p. 388.

¹¹⁴⁵Un auteur constatait déjà ces lacunes (V. R. CASSIN *op. cit.*, p. 385).

¹¹⁴⁶V. H. SOULEAU, *L'acte de fondation en droit français*, thèse de doctorat en droit, Paris : Université de Paris, 1969, n°s 97 et s., p. 167 et s. ; J. FLOUR et H. SOULEAU, *Droit civil : Les libéralités*, par H. SOULEAU, Paris : Armand Colin, 1982, coll. « U Série Droit privé », n° 370, p. 244 ; M. GRIMALDI, *Droit civil : Libéralités, partages d'ascendants*, Paris : Litec, 2000, n° 1696 ; p. 517.

certaine liberté pour désigner le bénéficiaire, par exemple un groupement redistributeur devant élire le bénéficiaire final¹¹⁴⁷. Dans cette hypothèse, les tiers pourraient seulement forcer l'organisme à désigner le bénéficiaire final, mais non le forcer à s'exécuter à leur profit.

Une telle proposition pourrait être étendue sans difficulté à l'ensemble des libéralités à caractère collectif qui, à l'instar des fondations, sont affectées à une œuvre profitant à des tiers indéterminés. Pour autant, elle ne semble pas avoir été retenue à ce jour ni par la doctrine ni davantage par la jurisprudence. Si cette proposition peut paraître intéressante en ce qu'elle offre un remède efficace à l'inexécution de la libéralité à caractère collectif, elle se heurte à une double objection. D'abord, il paraît difficile de voir dans les tiers, auxquels s'adresse le groupement gratifié, les véritables bénéficiaires de la libéralité. Lorsque la libéralité est adressée à un groupement opérateur, le disposant n'a pas chargé celui-ci d'élire un bénéficiaire final. Au contraire, quand la libéralité est adressée à un groupement redistributeur, ce dernier est chargé de désigner un second groupement opérateur pour recevoir la libéralité¹¹⁴⁸. Les tiers intéressés par les activités de ces groupements ne profitent qu'indirectement de la libéralité. Pour cette raison, l'existence de fiducies aux fins de libéralité charitable a été écartée¹¹⁴⁹. Ensuite, une telle proposition revient nécessairement à faire reposer la libéralité sur une stipulation pour autrui. Ainsi, un tiers à chaque fois qu'il rentre objectivement dans les contours de l'objet de l'œuvre pourrait se désigner unilatéralement créancier du groupement et agir en exécution forcée. Surtout, le recours à la stipulation pour autrui conduit à ce que ce tiers tienne ses droits du bienfaiteur. Or, la charge stipulée dans l'intérêt d'un tiers emporte de lourdes conséquences en matière d'action en réduction : diminution du montant de la charge pour le calcul du montant de l'émolument de la libéralité faite au profit du groupement¹¹⁵⁰ ; désignation du bénéficiaire final comme débiteur de l'indemnité de réduction¹¹⁵¹. Ainsi, une telle proposition semble devoir être écartée.

455. Limites tenant à la personne du gratifié. Une seconde limite tempère également l'efficacité d'une telle sanction : l'exécution forcée ne peut être poursuivie que contre les personnes morales de droit privé. La loi prévoit, en effet, qu'elle n'est pas applicable aux

¹¹⁴⁷V. *supra*, n° 226.

¹¹⁴⁸Voire des personnes physiques en cas de prix et bourses.

¹¹⁴⁹V. *supra*, n° 215.

¹¹⁵⁰V. *supra*, n° 366.

¹¹⁵¹V. *supra*, n° 376.

personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution¹¹⁵². Or, les personnes morales de droit public jouissent d'une telle immunité¹¹⁵³. Si le législateur a admis que ces personnes pouvaient être condamnées à une astreinte, c'est seulement pour assurer l'exécution d'une décision du juge administratif¹¹⁵⁴. La sanction de l'inexécution des libéralités relève, quant à elle, du juge judiciaire.

Ce faisant, lorsque la personne gratifiée est une personne morale de droit public, le recours en révocation est possible pour les inexécutions les plus graves. Pour les autres violations, seule une action indemnitaire paraît ouverte. Elle constitue la troisième sanction de l'inexécution des libéralités.

§3. La responsabilité civile

456. Une voie subsidiaire. En matière de libéralité avec charges, il est enseigné que le donateur, ou ses ayants droit, jouit d'une option à deux branches en cas d'inexécution : l'action révocation ou l'action en exécution forcée¹¹⁵⁵. Même à voir dans la responsabilité civile contractuelle, à l'instar de certains auteurs, un mode d'exécution forcée par équivalent¹¹⁵⁶, les dommages-intérêts ne sont jamais présentés comme une alternative aux précédentes sanctions. À partir de l'étude de la jurisprudence des juges du fond, des auteurs ont montré que les tribunaux peuvent condamner le gratifié à verser des dommages-intérêts lorsqu'il est responsable de l'inexécution et que celle-ci a causé un préjudice aux demandeurs¹¹⁵⁷. Cependant, dans les différentes affaires étudiées, ces indemnités viennent s'ajouter à l'action en révocation et n'apparaissent pas comme une action autonome¹¹⁵⁸. Pourtant, rien ne s'y oppose¹¹⁵⁹.

¹¹⁵²CPCE, art. L. 111-1.

¹¹⁵³V. T. confl., 9 décembre 1899, *Association syndicale du canal de Gignac*, S. 1900, 3, p. 49, note M. HAURIOU. V. A. LEBORGNE, *Droit de l'exécution : Voies d'exécution et procédures de distribution*, 2^e éd., Paris : Dalloz, 2014, coll. « Précis. Droit privé », n^{os} 687 et s., p. 318 et s.

¹¹⁵⁴CJA, art. L. 911-3 et s.

¹¹⁵⁵V. M. PLANIOL et G. RIPERT, *op. cit.*, n^o 471, p. 602 ; M. BOUYSSOU, *op. cit.*, n^o 155, p. 274

¹¹⁵⁶V. Ph. RÉMY, « La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997, p. 323 et s. ; Ph. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats : régimes d'indemnisation*, 10^e éd., Paris : Dalloz, 2014, coll. « Dalloz action », n^{os} 805-2 et s., p. 806 et s.

¹¹⁵⁷V. M. BOUYSSOU, *op. cit.*, n^o 175, p. 315 ; J. FLOUR et H. SOULEAU, *op. cit.*, n^o 163, p. 106.

¹¹⁵⁸Sur la possibilité d'adjoindre à une action en révocation ou en exécution, une demande de dommages-intérêts, V. H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 4, *Successions, Libéralités*, 5^e éd. par L. LEVENEUR et S. MAZEAUD-LEVENEUR, Paris : Montchrestien, 1999, n^o 1410, p. 603, et n^o 1524, p. 697.

¹¹⁵⁹Un auteur relève, en ce sens, que le juge peut octroyer de simples dommages-intérêts lorsque la charge inexécutée n'a qu'une valeur secondaire dans la mesure où il refuse la révocation (V. R. CASSIN, *Droit civil approfondi et comparé : les libéralités avec charge et les fondations*, Paris : les Cours de droit, 1939, p. 397).

Même à admettre la possibilité d'une action indépendante en dommages et intérêts, encore faut-il que les conditions de la responsabilité civile soient réunies. En ce sens, la Cour de cassation a logiquement affirmé que la bénéficiaire d'un legs « ne saurait être condamnée, en l'absence de fautes particulières, à des dommages-intérêts pour inexécution des conditions d'une libéralité reçue par elle »¹¹⁶⁰. Reste que la preuve d'un préjudice consécutif à l'inexécution fautive d'une libéralité peut sembler délicate à rapporter¹¹⁶¹. Finalement, seul le bénéficiaire de la charge souffre éventuellement d'un préjudice, sauf à reconnaître l'existence d'un préjudice moral pour le disposant ou ses héritiers pour ne pas voir se réaliser l'œuvre voulue par lui¹¹⁶².

457. Avantages de l'action. Si l'action en responsabilité civile paraît être subsidiaire par rapport aux deux autres, elle n'en est pas moins doublement utile. D'abord, elle permet, à l'instar de l'exécution forcée, de sanctionner tout type d'inexécution et non uniquement les manquements graves. Ensuite, une telle action doit pouvoir être exercée contre les personnes morales de droit public dans la mesure où les contrats de droit privé, conclus avec elles, obéissent aux règles de droit civil et à la compétence du juge judiciaire¹¹⁶³. Enfin, en admettant largement l'intérêt à agir des tiers bénéficiant de l'œuvre du groupement, il est possible de leur reconnaître une action en responsabilité civile délictuelle à l'encontre de l'organisme pour inexécution de la libéralité. La Cour de cassation a, en effet, récemment

Dans une affaire soumise à la Cour de cassation, les juges du fond avaient écarté la révocation judiciaire, mais réparé le préjudice des donateurs qui s'étaient réservé un droit d'usage et d'habitation sur une partie du bien donné (V. Civ. 1^{re}, 18 décembre 1990, n° 88-13.146, *Bull. civ. I*, n° 298).

¹¹⁶⁰V. Civ., 19 mars 1884, *D.* 1884, 1, p. 281.

¹¹⁶¹La seule inexécution de l'obligation ne suffit pas à ouvrir droit à des dommages-intérêts (V. Civ. 3^e, 3 décembre 2003, n° 02-18 033, *Bull. civ. III*, n° 221 ; *RJDA* 2004, p. 360, rapp. J. BETOULLE ; *RTD civ.* 2004, p. 295, obs. P. JOURDAIN ; *Contrats, conc. consom.* 2004, comm. 38, note L. LEVENEUR ; *RDC* 2004, p. 359, obs. J.-B. SEUBE ; Civ. 2^e, 11 septembre 2008, n° 07-20857, *Bull. civ. I*, n° 191 ; *RDC* 2009, p. 77, obs. O. DESHAYES). Il existe une limite en cas d'inexécution d'une obligation de ne pas faire (V. Civ. 1^{re}, 10 mai 2005, n° 02-15910, *Bull. civ. I*, n° 201 ; *Deffrénois* 2005, p. 1247, obs. J.-L. AUBERT ; *RTD civ.* 2004, p. 600, obs. P. JOURDAIN ; *Contrats, conc. consom.* 2005, comm. 184, note L. LEVENEUR ; *RTD civ.* 2004, p. 594, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; Civ. 1^{re}, 31 mai 2007, n° 05-19.978, *Bull. civ. I*, n° 212 ; *RDC* 2007, p. 1140, obs. S. CARVAL ; *RTD civ.* 2007, p. 568, obs. B. FAGES ; *RTD civ.* 2007, p. 776, obs. P. JOURDAIN ; *RDC* 2007, p. 1118, obs. Y.-M. LAITHIER ; *Contrats, conc. consom.* 2007, comm. 230, note L. LEVENEUR. *Contra* Civ. 1^{re}, 26 février 2002, n° 99-19.053, *Bull. civ. I*, n° 68 ; *RTD civ.* 2002, p. 809, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *Deffrénois* 2002, p. 759, obs. É. SAVAUX). Pour certains auteurs, la divergence de jurisprudence s'expliquerait par les particularités de la concurrence (V. F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil : Les obligations*, 11^e éd., Paris : Dalloz, 2013, coll. « Précis. Droit privé », n° 561, p. 609). Dans les deux premières affaires, l'obligation de ne pas faire inexécutée était, en effet, une clause de non-concurrence. Aussi, pour ces auteurs, dans tous les autres cas, il y aurait lieu de rapporter la preuve d'un dommage. Pour un autre auteur, les premières décisions constitueraient un véritable revirement de jurisprudence (V. P. JOURDAIN, obs. ss Civ. 1^{re}, 31 mai 2007, *RTD civ.* 2007, p. 776).

¹¹⁶²Dans l'affaire soumise à la Cour de cassation le 19 mars 1884 (précitée) la demande en dommages-intérêts était introduite par l'un des bienfaiteurs. Or, la Haute juridiction retient que les demandeurs « en ont justifié le principe » sans autre précision.

¹¹⁶³V. A. de LAUBADÈRE, *Traité élémentaire de droit administratif*, t. 1, *L'organisation administrative, la fonction administrative et les actes administratifs, la justice administrative, la police administrative et les services publics, la responsabilité administrative*, 8^e éd., Paris : LGDJ, 1980, n° 567, p. 354.

admis, sur le terrain de l'article 1382 du Code civil, que la seule faute contractuelle engageait la responsabilité délictuelle de son auteur à l'égard des tiers au contrat¹¹⁶⁴. Une telle voie paraît préférable à celle proposée en doctrine sur le terrain de l'exécution forcée qui consiste à distinguer au sein des bénéficiaires de l'œuvre, ceux qui pourraient être objectivement déterminés de ceux qui ne le sont que subjectivement¹¹⁶⁵.

L'efficacité d'une telle sanction pourrait être renforcée en cas de stipulation de clauses pénales à vocation indemnitaire¹¹⁶⁶. Leur admission ne pose pas de difficultés¹¹⁶⁷. De telles clauses auraient notamment pour avantage de dispenser le créancier de rapporter la preuve d'un préjudice¹¹⁶⁸. De surcroît, elles auraient une forte fonction comminatoire de nature à encourager le groupement à respecter ses obligations.

458. Conclusion de la Section. Face à l'inexécution d'une libéralité à caractère collectif, trois voies sont possibles. Néanmoins, toutes les sanctions présentent d'importantes limites. Celles-ci tiennent soit aux conditions d'ouverture de l'action, soit à ses effets. Aucune de ces voies n'est pleinement satisfaisante. Aussi, ces sanctions doivent-elles être renforcées.

Section II. Le renforcement des sanctions

Les libéralités à caractère collectif sont singulières à plus d'un titre. À leur égard, les sanctions classiques des libéralités *sub modo* sont insuffisantes. Aussi convient-il de les renforcer. Une première voie possible a déjà été envisagée. Elle consisterait à permettre à l'autorité de tutelle, lorsqu'elle est amenée à intervenir, de s'opposer à l'acceptation de la

¹¹⁶⁴V. Ass. plén., 6 octobre 2006, n° 05-13.255, *Bull. ass. plén.*, n° 9 ; *JCP G* 2006, II 10181, note M. BILLIAU ; *RTD civ.* 2007, p. 61, obs. P. DEUMIER ; *D.* 2006, p. 2976, obs. B. FAUVARQUE-COSSON ; *RTD civ.* 2007, p. 123, obs. P. JOURDAIN ; *Contrats, conc. consom.* 2007, comm. 63, note L. LEVENEUR ; *RDC* 2007, p. 269, obs. D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 2007, p. 115, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *RDC* 2007, p. 379, obs. J.-B. SEUBE ; *D.* 2006, p. 2825, note G. VINEY ; *Com.*, 6 mars 2007, n° 04-13.689, *Bull. civ.* IV, n° 84 ; *RDC* 2007, p. 1137, obs. S. CARVAL ; *Civ.* 3^e, 4 juillet 2007, n° 06-15.776, *Bull. civ.* IV, n° 122 ; *RTD civ.* 2007, p. 562, obs. B. FAGES ; *Defrénois* 2007, p. 1449, obs. É. Savaux ; *Com.*, 21 octobre 2008, n° 07-18.487, *Inédit* ; *RDC* 2009, p. 506, obs. J.-S. BORGHETTI. *Contra Civ.* 1^e, 15 décembre 2011, n° 10-17.691, *Inédit* ; *RDC* 2012, p. 81, obs. J.-S. BORGHETTI ; *D.* 2012, p. 659, obs. D. MAZEAUD.

¹¹⁶⁵V. *supra*, n° 454.

¹¹⁶⁶Elles se distingueraient de celles ayant pour finalité d'exhérer le bénéficiaire de la libéralité (V. *supra*, n° 405.).

¹¹⁶⁷V. D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, préf. F. CHABAS, Paris : LGDJ, 1992, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 223, n° 248, p. 135.

¹¹⁶⁸V. *Civ.* 3^e, 12 janvier 1994, n° 91-19.540, *Bull. civ.* III, n° 5 ; *RTD civ.* 1994, p. 605, obs. J. MESTRE ; *Civ.* 3^e, 20 décembre 2006, n° 05-20.065, *Bull. civ.* I, n° 256 ; *JCP G* 2007, II 10024, note D. BAKOUCHE ; *RDC* 2007, p. 749, obs. S. CARVAL.

libéralité reçue par un organisme lorsqu'il apparaît que ce dernier n'a pas respecté l'affectation des libéralités antérieurement perçues¹¹⁶⁹.

D'autres pistes de réflexions sont encore envisageables. D'abord, il est apparu que la sanction de la révocation était trop radicale dans un certain nombre d'hypothèses au point que les juges n'hésitent pas à l'écarter en retenant que l'inexécution en cause n'est pas suffisamment grave. Dès lors, la limitation des effets dans le temps de la révocation paraît opportune. Ensuite dans bien des cas, les sanctions de l'inexécution sont apparues fragiles et ne peuvent correctement aboutir. Aussi, paraît-il utile de renforcer l'efficacité de celles-ci en augmentant le nombre de titulaires des actions et en découvrant une substitution vulgaire chaque fois qu'elle est possible.

Finalement, renforcer la sanction de l'inexécution des libéralités à caractère collectif conduit à limiter les effets de la révocation dans le temps (§1), à augmenter les titulaires des actions (§2) et à découvrir une substitution vulgaire (§3).

§1. Limiter les effets de la révocation

459. Cantonner les effets dans le temps. Il est indéniable que de nombreuses charges grevant les libéralités à caractère collectif sont à exécution successive. La rétroactivité attachée à la révocation pour inexécution est particulièrement sévère lorsque le gratifié a exécuté la charge pendant plusieurs années. Elle conduit d'ailleurs le juge à retenir que la charge inexécutée n'est pas la cause impulsive et déterminante de la libéralité afin d'écarter cette sanction au risque de laisser impuni le manquement.

Pourtant, les solutions retenues en droit commun des contrats peuvent être appliquées aux libéralités à caractère collectif : la révocation doit prendre effet au jour de l'inexécution. À l'instar de la reprise des apports ou des actions en reprise spéciales créées par le législateur en matière de congrégations ou de charges cultuelles, les biens devraient faire retour dans le patrimoine du disposant ou de ses ayants cause dans leur état au jour de l'inexécution de la charge. En d'autres termes, la révocation doit avoir un effet rétroactif uniquement lorsque la charge n'a jamais fait l'objet d'un commencement d'exécution. Déjà en ce sens, un ancien projet de réforme du Code civil souhaitait renvoyer la révocation judiciaire pour inexécution des charges aux règles sur la résolution judiciaire des contrats¹¹⁷⁰. De surcroît, une telle

¹¹⁶⁹V. *supra*, n° 304.

¹¹⁷⁰V. H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 4, *Successions, Libéralités*, 5^e éd. par L. LEVENEUR et S. MAZEAUD-LEVENEUR, PARIS : Montchrestien, 1999, n° 1529, p. 700.

solution a déjà été retenue par la Cour de cassation dans un arrêt du 7 décembre 1980¹¹⁷¹. En l'espèce, un gratifié était tenu de verser une rente viagère au disposant. La Haute juridiction affirme alors que :

la révocation d'une donation pour inexécution des charges a un effet rétroactif et ne peut prendre effet, dans le cas où la charge consiste dans le paiement d'une rente viagère, *qu'à partir du moment où le débirentier a cessé d'exécuter son obligation*¹¹⁷².

Si la sanction de l'inexécution paraît devoir être limitée dans certaines hypothèses, dans d'autres il convient d'en renforcer l'efficacité en augmentant les titulaires des actions.

§2. Augmenter les titulaires des actions

460. Réinstaurer l'idée d'une révocation administrative. En présence de libéralités à caractère collectif, il n'est pas rare que le bienfaiteur ne laisse pas d'héritiers pour lui succéder, voire des successeurs de second ordre. Il peut arriver qu'aucune personne ne s'intéresse au contrôle du respect de ses volontés faute d'avoir vocation à bénéficier de l'action en réduction. La désignation d'un légataire universel, voire d'un exécuteur testamentaire, permet de contourner cette difficulté. Le premier a vocation à l'universalité des biens et profite à ce titre de l'action en réduction. Cependant, il est davantage intéressé par la révocation de la libéralité que par son exécution. Le second est chargé de « veiller à l'exécution des volontés du testateur »¹¹⁷³. Toutefois, sa mission est temporaire et prend fin au bout d'un délai de deux ans à compter de l'ouverture de la succession¹¹⁷⁴, ce qui en pratique prive l'institution de beaucoup d'intérêt lorsque l'exécution de la charge s'étend sur plusieurs années¹¹⁷⁵.

Ainsi, la reconnaissance à un tiers de la possibilité d'agir tant en révocation de la libéralité qu'en exécution forcée est utile. L'idée n'est pas nouvelle¹¹⁷⁶. Au début du XX^e siècle, SALEILLES proposait déjà de créer une autorité de surveillance à l'image des *commissioners of charities*

¹¹⁷¹Civ. 1^{re}, 17 décembre 1980, n° 79-13.420, *Bull. civ. I*, n° 336.

¹¹⁷²Nous soulignons.

¹¹⁷³V. F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Droit civil : Les successions, les libéralités*, 4^e éd., Paris : Dalloz, 2014, coll. « Précis. Droit privé », n° 470, p. 430.

¹¹⁷⁴C. civ., art. 1032. Le texte prévoit la possibilité au juge de proroger ce délai.

¹¹⁷⁵Sa mission est davantage de vérifier l'exécution des legs que de s'assurer du respect dans la durée des dernières volontés du défunt.

¹¹⁷⁶Dès 1939, un auteur s'interrogeait sur l'existence en France d'une action populaire en exécution des charges grevant les libéralités, ou sur l'existence de représentants des bénéficiaires indéterminés (V. R. CASSIN, *Droit civil approfondi et comparé : les libéralités avec charge et les fondations*, Paris : les Cours de droit, 1939, p. 390).

anglais¹¹⁷⁷. De la même manière, la Société d'Études législatives, appelée à se prononcer sur un projet de loi relatif aux fondations, avait exprimé le souhait de voir créer une commission de surveillance départementale chargée de veiller à l'exécution des charges¹¹⁷⁸. Cette compétence pourrait être confiée à l'*autorité de tutelle administrative* chaque fois qu'elle est appelée à intervenir¹¹⁷⁹. Pour ce faire, il conviendrait de développer les cas dans lesquels elle doit jouer un rôle ainsi que les obligations comptables pesant sur les organismes soumis à sa tutelle¹¹⁸⁰. La reconnaissance de ce rôle peut triplement se justifier. D'une part, à défaut d'héritiers et légataires, l'action en révocation peut profiter à l'État, bénéficiaire des successions en déshérences¹¹⁸¹. Ses représentants ont donc intérêt à agir en révocation devant le juge judiciaire. D'autre part, les pouvoirs publics, en octroyant un label attractif de libéralités à certains groupements, doivent assurer aux éventuels bienfaiteurs que le produit de leur générosité est bien employé. Enfin, une telle procédure remplacerait l'ancienne procédure de révocation administrative abrogée en 2005¹¹⁸².

461. Permettre la désignation d'un tiers protecteur. Parmi les libéralités à caractère collectif, certaines reposent sur de véritables fiducies aux fins de libéralité. Or, dans bien des cas le bénéficiaire de celle-ci ne peut pas agir en exécution de la libéralité faute d'avoir été individualisé – recours à un groupement redistributeur¹¹⁸³ – ou d'avoir été créé – fondation testamentaire indirecte¹¹⁸⁴. Dans ces hypothèses, il paraît utile de défendre la possibilité de désigner une personne de confiance chargée de surveiller le respect des dernières volontés. Cette désignation emprunterait le régime de la désignation d'un tiers protecteur en matière de fiducie de droit commun¹¹⁸⁵. Dans la mesure où cette institution « n'a en fait un sens pratique véritable que dans le cas où la fiducie sert à accomplir une libéralité »¹¹⁸⁶, elle doit être largement admise¹¹⁸⁷. Ce tiers protecteur disposerait alors de pouvoirs bien plus étendus qu'un exécuteur testamentaire dont le rôle est nécessairement limité dans le temps. Il pourra

¹¹⁷⁷R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, Paris : Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, 1910, rééd., Paris : la Maison du droit, 2003, p. 277 et s.

¹¹⁷⁸V. *ibidem*, p. 394.

¹¹⁷⁹Le droit allemand reconnaît en ce sens à une autorité compétente la possibilité d'agir en exécution des charges d'utilité publique après la mort du donateur (BGB, §525).

¹¹⁸⁰V. *supra*, n^{os} 303. et s.

¹¹⁸¹C. civ., art. 724, al. 3.

¹¹⁸²V. *supra*, n^o 447.

¹¹⁸³V. *supra*, n^o 225.

¹¹⁸⁴V. *supra*, n^o 218.

¹¹⁸⁵C. civ., art. 2017.

¹¹⁸⁶Des auteurs relèvent que « l'interdiction de [la fiducie aux fins de libéralité] en réduit beaucoup l'intérêt » (V. F. ZÉNATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, 3^e éd., Paris : PUF, 2008, coll. « Droit fondamental. Classique », n^o 273, p. 432).

¹¹⁸⁷À l'instar du mandat à effet posthume (C. civ., art. 812-2) ou du mandat *post mortem* (C. civ., art. 1986), sa mission devrait être gratuite, sauf convention contraire. En cas de stipulation d'une rémunération, celle-ci devrait être prélevée sur l'actif successoral et non sur le patrimoine fiduciaire transmis.

notamment agir en révocation pour inexécution des charges ou en exécution forcée. Il serait un véritable « surveillant »¹¹⁸⁸.

Enfin, pour que les sanctions de l'inexécution d'une libéralité à caractère collectif soient pleinement efficaces, il serait possible de découvrir une substitution vulgaire qui profiterait d'une éventuelle révocation.

§3. Découvrir une substitution vulgaire

462. Interprétation et substitution vulgaire. Dans la mesure où la révocation judiciaire conduit à un anéantissement de la libéralité, la solution n'est pas idéale. Elle contrarie la volonté du disposant qui souhaitait affecter ses biens à une certaine cause. Pour pallier ce risque, le disposant peut désigner un bénéficiaire de second rang. Il s'agit du mécanisme, déjà rencontré, de la substitution vulgaire¹¹⁸⁹. Ainsi, il a été défendu que le *de cujus* pouvait « fort bien avoir procédé à la désignation d'un bénéficiaire subsidiaire en cas de révocation de la libéralité pour inexécution des charges »¹¹⁹⁰. Une telle affirmation doit être soutenue. Rien ne s'y oppose.

Faute de stipulation en ce sens, le juge devrait pouvoir *désigner un bénéficiaire de second rang qui se substituerait à la carence du premier*. Cette technique est classique : sous couvert d'interprétation du testament, la jurisprudence substitue un nouveau bénéficiaire en lieu et place du bénéficiaire originaire incapable, inapte, inexistant ou renonçant¹¹⁹¹. Si les volontés du *de cujus* méritent d'être protégées du fait de la complexité des règles régissant la matière, elles doivent l'être *a fortiori* quand le disposant a été diligent et a désigné un bénéficiaire pouvant recevoir la libéralité. Surtout, la loi elle-même prévoit un tel mécanisme dans certaines hypothèses. Chaque fois qu'elle impose la dévolution du boni de liquidation à un groupement poursuivant les mêmes objectifs que celui dissout, elle consacre implicitement la substitution du premier au second¹¹⁹². À cet égard, seules les libéralités affectées à l'œuvre peuvent suivre cette dévolution. Celles affectées au fonctionnement du groupement doivent être traitées comme les apports aux associations dans la mesure où la dissolution de celui-ci

¹¹⁸⁸Selon une expression empruntée à F. BARRIÈRE (V. *Rép. dalloz civil*, v° *Fiducie*, n° 79).

¹¹⁸⁹V. *supra*, n° 385.

¹¹⁹⁰V. S. GODECHOT-PATRIS, *J.-Cl. civil code*, art. 896 à 899, fasc. unique : « Libéralités – Dispositions générales – Substitutions prohibées », n° 68.

¹¹⁹¹V. *supra*, nos 392. et s.

¹¹⁹²V. *supra*, n° 154.

consomme nécessairement l'inexécution de la libéralité. Elles doivent être restituées au bienfaiteur ou à ses ayants cause. Par ailleurs, appliquée à une fiducie-libéralité innommée, la substitution n'est qu'une illustration du remplacement du fiduciaire, qui manquerait à ses devoirs, prévu en droit commun¹¹⁹³.

Une limite doit néanmoins être posée : chaque fois que la personne du gratifié a été déterminante pour le disposant, aucun bénéficiaire de sous-ordre ne doit être découvert. Par exemple, une libéralité affectée au fonctionnement d'un groupement paraît être motivée davantage par l'identité du groupement que par l'œuvre poursuivie.

463. Conclusion du Chapitre. L'inexécution d'une libéralité à caractère collectif peut donner lieu à différentes sanctions en droit positif. Le plus souvent, elle conduit à une action en révocation initiée par des héritiers ou un légataire universel qui profiteront de l'inexécution pour se voir restituer les biens transmis. Plus rarement, l'inexécution aboutit à une action en exécution forcée. Quant à l'action fondée sur la responsabilité civile, elle semble être peu usitée. Chacune de ces actions présente ses faiblesses. L'action en révocation paraît peu fidèle aux intentions du disposant et ses conséquences sont extrêmement lourdes. Quant à l'exécution forcée, elle est impossible à l'encontre des personnes morales de droit public tandis que l'action en responsabilité civile impose la preuve d'un préjudice. Certaines de ces difficultés paraissent insurmontables. D'autres en revanche, peuvent être contournées en retenant trois séries de propositions : limiter les effets dans le temps de la révocation, substituer un légataire de second rang en cas de révocation et augmenter les titulaires des deux principales actions fondées sur l'inexécution.

464. Conclusion du Titre. En ce qu'elles constituent des libéralités affectées, les libéralités à caractère collectif se heurtent à de nombreuses difficultés au stade de leur exécution. Toutes ne sont pas traitées de la même manière par le droit positif. D'un côté, les règles légales et jurisprudentielles apparaissent pleinement satisfaisantes face aux affectations impossibles en ce qu'elles permettent aux juges d'adapter l'affectation litigieuse, soit en interprétant la libéralité pour lui faire produire des effets, soit en révisant les charges devenues trop lourdes ou dommageables pour le groupement bénéficiaire. D'un autre côté, les règles régissant la protection de la réserve héréditaire et celles s'intéressant aux sanctions de l'inexécution de la

¹¹⁹³C. civ., art. 2027.

libéralité à caractère collectif sont apparues inadaptées. Les premières ont été pensées en présence d'un bénéficiaire personne physique ; elles conviennent difficilement à des personnes morales. Plusieurs solutions ont alors été proposées afin d'adapter autant que possible l'action en réduction aux spécificités des libéralités à caractère collectif. Quant aux sanctions pour inexécution, elles sont globalement inefficaces, en ce qu'elles conduisent trop souvent à la révocation de la libéralité plutôt qu'à l'exécution de la charge. Plusieurs voies peuvent là encore être envisagées pour les renforcer.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

465. Des règles diverses et inadaptées. Une fois admis que les libéralités à caractère collectif constituent une catégorie juridique à part entière, l'on pourrait s'attendre à ce qu'un régime spécial leur soit attaché. Tel n'est pas le cas en droit positif. Il existe, il est vrai, des règles spécifiques à celles-ci. Elles sont peu nombreuses et sont de deux ordres. D'une part, les libéralités à caractère collectif sont soumises à des règles de capacité juridique de recevoir, tant de jouissance que d'exercice, qui sont largement exorbitantes des règles de capacité des personnes physiques. Elles sont devenues complexes et peu satisfaisantes : il convient de les réformer. Par ailleurs, les personnes morales lorsqu'elles bénéficient d'une libéralité ou qu'elles réalisent un acte libéral doivent respecter le principe de spécialité. Attaché à la personnalité morale, ce principe ne se retrouve pas pour les libéralités ordinaires.

Pour le reste, les règles de droit commun leur sont appliquées, encore qu'ici ou là certains mécanismes dérogatoires viennent compléter l'arsenal traditionnel. Ainsi, il existe des régimes spéciaux de révision des charges pour certaines libéralités adressées à des personnes publiques ; des règles sont propres à la reprise de certains biens en cas de dissolution de groupements déterminés.

Hormis ces règles spéciales, les libéralités à caractère collectif sont soumises au régime des libéralités ordinaires. Pourtant, celui-ci est davantage pensé pour les libéralités au profit de personnes physiques que pour celles réalisées en faveur de personnes morales. Ainsi, le régime des libéralités à caractère collectif est apparu inadapté sur un certain nombre de questions. Il est donc nécessaire de proposer plusieurs pistes de réflexions afin de mettre en adéquation le régime des libéralités à caractère collectif avec leurs différentes spécificités, celles d'être des libéralités affectées, intéressées et reposant sur des techniques plurielles.

CONCLUSION GÉNÉRALE

466. Une catégorie spéciale. Les libéralités à caractère collectif constituent, à n'en pas douter, une catégorie juridique à part entière. Destinées à la collectivité ou à un groupe de personnes plus ou moins important, elles sont réalisées par l'intermédiaire d'une personne morale. Les bénéficiaires en droit, sinon en fait, de ces libéralités sont ainsi des personnes morales dont le but est de défendre des intérêts collectifs. Finalement, les libéralités à caractère collectif reposent sur cette spécificité de double bénéficiaire : adressées un bénéficiaire juridique, personne morale, elles sont en réalité destinées à une personne physique non déterminée et non individualisée. Une telle spécificité irrigue à la fois la notion, mais aussi le régime des libéralités à caractère collectif.

467. La diversité des libéralités à caractère collectif. Bien que les mécanismes permettant de réaliser des libéralités soient nombreux, ils peuvent être classés en deux grandes catégories. D'un côté, le bienfaiteur peut souhaiter initier une œuvre nouvelle et y affecter une masse de biens. Ce bienfaiteur est un fondateur. La masse de biens affectée constitue une fondation qui peut se voir reconnaître ou non la personnalité juridique. L'acte de fondation peut alors tendre à créer un nouvel établissement personnifié, fondation-personne morale, ou il peut simplement transmettre à une personne morale le patrimoine, fondation avec recours à une personne préexistante, laquelle doit réaliser l'œuvre nouvelle souhaitée. Entre ces deux voies, le fondateur peut, enfin, créer une fondation abritée, un groupement de biens transmis à un établissement abritant. L'acte de fondation peut donc avoir trois finalités.

D'un autre côté, le bienfaiteur peut souhaiter soutenir l'œuvre poursuivie par une personne morale. Dans ce cas, il ne fonde pas, mais participe à une œuvre déjà initiée. Il a alors recours à une libéralité-participation. La différence entre cette catégorie de libéralités et les fondations avec recours à une personne morale préexistante peut paraître complexe. Un exemple simple illustre aisément la distinction. Alors que la libéralité réalisée au bénéfice d'une commune dans le but de créer un jardin botanique constitue une fondation avec recours à une personne morale préexistante, celle adressée à une association de recherche contre le cancer, avec pour finalité de développer la recherche médicale, est une libéralité-participation.

Les libéralités-participation peuvent être classées en deux sous-catégories selon le rôle joué par leur bénéficiaire. Dans bien des cas, le bienfaiteur réalise une libéralité à caractère collectif car il a été sollicité par son bénéficiaire. La libéralité est alors sollicitée par un appel au soutien du public. À l'inverse, le bienfaiteur peut avoir spontanément décidé de soutenir tel organisme. La libéralité est alors spontanée. Les libéralités-participation sont donc soit des libéralités sollicitées, soit des libéralités spontanées.

À la différence des fondations, les contours de la catégorie des libéralités-participation présentent quelques difficultés. La qualification libérale peut être discutée pour certains mécanismes. Ainsi, certains d'entre eux sont, à tort, considérés comme des actes à titre onéreux : contrat d'assurance-vie aux fins de capitalisation, apports aux associations, opérations de parrainage et subventions publiques. D'autres sont, au contraire, qualifiés de libéralités alors qu'ils n'en sont pas, comme par exemple les dons des établissements d'utilité publique prévus à l'article 6 de la loi du 1^{er} juillet 1901.

468. Des traits distinctifs. L'étude des mécanismes réalisant des libéralités à caractère collectif conduit à un constat : plusieurs traits distinctifs transcendent cette catégorie juridique.

La diversité des libéralités à caractère collectif ne doit pas, en effet, cacher la profonde unité de cette catégorie juridique. Des caractéristiques sont communes : affectées et intéressées.

Les actes de fondation sont nécessairement affectés : l'affectation est de l'essence de la fondation, elle participe de sa définition. Lorsque l'acte de fondation a pour finalité de créer un nouvel établissement, la dotation est alors affectée tout à la fois au fonctionnement du nouveau groupement et à la réalisation de l'œuvre qu'elle poursuit. À défaut, dans la mesure où la fondation repose sur une personne préexistante dont elle puise les forces, la dotation est uniquement affectée à la poursuite de l'œuvre. Il ne faut pas, cependant, en déduire que les libéralités-participation ne sont pas affectées. Elles le sont tout autant. Certaines sont affectées au fonctionnement du groupement à l'image des apports aux associations. D'autres le sont majoritairement à la réalisation de l'œuvre. Dans ce cas, une distinction peut être faite selon que la libéralité est sollicitée ou spontanée, le tout sous la réserve de la stipulation contraire. La libéralité sollicitée répond à des objectifs précis qui sont contenus dans l'appel au public à la générosité ou la demande de subvention. La libéralité est donc nécessairement affectée à son accomplissement : l'affectation est alors spéciale. Au contraire, la libéralité spontanée, dont l'acte ne contiendrait pas de précision sur son affectation, est affectée à l'œuvre

poursuivie : l'affectation est générale. Cette dualité d'affectation est apparue, par ailleurs, comme un critère efficace pour distinguer les opérations de mécénat des sociétés commerciales, affectées à l'œuvre en général, des opérations de parrainage, affectées à la réalisation d'un projet déterminé. Les libéralités à caractère collectif sont donc grevées de véritables charges d'affectation, expresses ou implicites. Ce sont des affectations *rationæ materiæ*. La question de l'affectation se pose encore d'un point de vue temporel. Il arrive, en effet, qu'une clause d'inaliénabilité greve la libéralité à caractère collectif. En leur absence, une telle clause doit être découverte chaque fois que le bien transmis participe, en raison de ses utilités propres, à la réalisation de l'affectation matérielle.

Ce « forçage »¹ de la libéralité permet de respecter au mieux la volonté du disposant. La charge d'affectation révèle en filigrane certains mobiles du bienfaiteur : il souhaite que la personne morale puisse réaliser son œuvre. En réalisant une libéralité à caractère collectif par le truchement d'une personne morale, le disposant poursuit nécessairement un intérêt moral. Il arrive encore qu'il stipule des charges d'intérêt particulier. Les obligations de promotion de son image sont, par exemple, courantes lorsque le bienfaiteur est une société commerciale. De telles charges montrent que le disposant peut également poursuivre la réalisation d'un intérêt matériel. Les libéralités à caractère collectif sont donc intéressées. L'étude du régime fiscal, qui est attaché à ces libéralités, participe de ce constat. Nombreuses d'entre elles conduisent à des avantages fiscaux, d'autres permettent encore de contourner certains impôts.

L'existence de caractéristiques communes aux libéralités à caractère collectif n'est pas leur seule particularité. L'étude des différents mécanismes montre également que différentes techniques sont employées pour les réaliser. Bien que la majorité des libéralités à caractère collectif repose sur la traditionnelle libéralité avec charge, d'autres ont recours à un intermédiaire de transmission et une fiducie aux fins de libéralité peut être réalisée. Le disposant a recours à cette technique lorsque la libéralité est réalisée par l'entremise d'un tiers ou qu'elle est adressée à un groupement redistributeur. Ce dernier est alors tenu de désigner le bénéficiaire final. La libéralité à caractère collectif peut aussi puiser sa source dans un véritable engagement unilatéral de volonté. Ainsi, l'acte de fondation entre vifs, l'engagement sur un programme d'action pluriannuel ou encore les promesses de souscriptions s'expliquent par cette technique.

469. La validité des libéralités à caractère collectif. La délimitation des contours de la catégorie des libéralités à caractère collectif est un préalable nécessaire à une réflexion plus

¹Sur cette expression, V. L. LEVENEUR, « Le forçage du contrat », *Dr. et patr.* 1998, n° 58, p. 69 et s.

générale sur leur régime. Les règles s'intéressant aux libéralités à caractère collectif sont nombreuses bien que dispersées, lacunaires et parfois peu opportunes. Ce constat peut d'abord être fait du côté des règles de validité des libéralités à caractère collectif. Les règles de capacité de recevoir des libéralités sont complexes. Elles dépendent de la nature du groupement. La capacité de jouissance de recevoir des libéralités est refusée à certains groupements. Lorsqu'elle est admise, c'est la capacité d'accepter librement ces libéralités qui peut se trouver encadrée. Les règles de capacité juridique concernent alors tant la question de la capacité de jouissance que celle de la capacité d'exercice. Ces règles peinent à être systématisées et leur cohérence fait défaut. D'importantes réformes s'imposent : les dernières restrictions à la capacité de jouissance doivent être levées et l'acceptation des libéralités doit être encadrée pour tous les groupements jouissant d'un label d'honorabilité des pouvoirs publics.

Dans la mesure où les libéralités à caractère collectif font intervenir des personnes morales, le respect de leur spécialité légale et statutaire doit également être vérifié. La libéralité doit évidemment être conforme à la spécialité du bénéficiaire : le groupement doit être apte à réaliser la charge stipulée. À défaut, la charge, voire la libéralité dans son ensemble, est nulle sur le fondement de l'article 900 du Code civil. Face à la rigueur d'une telle solution, des remèdes sont possibles parmi lesquels l'interprétation large des contours de l'objet du groupement. De surcroît, lorsque la libéralité est réalisée par une personne morale, elle doit nécessairement respecter son objet. La spécialité est, cette fois, appréciée du côté du disposant. Ainsi, la libéralité réalisée par une société commerciale doit tendre à des retombées économiques tandis que la libéralité publique doit être conforme à la mission d'intérêt général poursuivie par la personne publique.

La question de la validité des libéralités à caractère collectif doit, enfin, être envisagée sur le plan du formalisme, lequel joue un rôle particulièrement important en matière de libéralités. Lorsque la libéralité est réalisée par une personne morale, les raisons d'être du formalisme *ad vadiitem* ne se retrouvent pas, de sorte qu'il conviendrait d'admettre que de telles libéralités puissent être réalisées sans forme. La pratique se prononce déjà en ce sens. La majorité des libéralités réalisées par des personnes morales constituent de véritables libéralités ostensibles sous seing privé. À l'inverse, la protection du consentement du disposant commande le recours au formalisme lorsque la libéralité est consentie par une personne physique. Dans ce cas, peu importe la technique employée, engagement unilatéral de volonté ou fiducie aux fins de libéralité, le formalisme s'impose.

470. L'exécution des libéralités à caractère collectif. Au-delà des questions de validité, c'est surtout l'exécution des libéralités à caractère collectif qui peut se trouver contrariée du fait de leur affectation. Dans la mesure où les biens reçus sont affectés, bien souvent, à l'œuvre poursuivie ou à un projet déterminé, le respect de l'affectation commande une aliénabilité des biens, soit en vue de leur remplacement par de nouveaux biens utiles à la mission de la personne morale, soit leur consommation dans un projet particulier. En d'autres termes, lorsque la libéralité à caractère collectif est réalisée entre vifs, il est rare que les biens reçus se retrouvent en nature dans le patrimoine de la personne morale. La mise en œuvre de l'action en réduction pour atteinte à la réserve s'en trouve compliquée. Surtout, elle présente un risque important pour les groupements. Plutôt que de supprimer la réserve héréditaire en matière de libéralité à caractère collectif comme le proposent certains parlementaires ou de la contourner en ayant recours à des législations étrangères qui ne la connaissent pas, il est possible de limiter les difficultés en proposant certains aménagements. À ce titre, la prise en compte de l'avantage fiscal pour déterminer le montant de la libéralité réductible est de nature à diminuer ce risque.

La menace que fait peser l'action en réduction sur les libéralités à caractère collectif ne se conçoit que lorsque celle-ci est réalisée entre vifs. Au contraire, réalisée à cause de mort, l'exécution de l'affectation peut être impossible dès l'origine, que la désignation du bénéficiaire soit obscure ou irrégulière, ou que le respect de l'affectation soit impossible pour des raisons juridiques, techniques, administratives ou autres. Lorsque la disposition testamentaire est obscure, il suffit de l'interpréter. Cependant, même lorsqu'elle est claire et précise, la Cour de cassation a toujours admis que le juge, sous couvert d'interprétation, puisse substituer à l'affectation impossible une affectation efficace en désignant pour y procéder un second groupement, voire les successeurs, ou encore en révisant, dès l'origine, la charge stipulée. Une telle révision judiciaire de la charge d'affectation est distincte de celle prévue par la loi de 1984 qui introduit une révision judiciaire lorsqu'un changement de circonstances rend l'exécution de la charge difficile. Cette loi institue également une révision administrative limitée à de rares hypothèses. La combinaison entre ces deux régimes de révisions n'est pas aisée, tout comme la question de la révision amiable. La licéité d'une telle révision doit, néanmoins, être admise dans la mesure où l'action en révision est conçue pour permettre la survie de la libéralité par préférence à sa révocation.

L'inexécution d'une libéralité à caractère collectif peut, en effet, conduire à sa révocation. C'est même sa principale sanction dans la mesure où les héritiers sont souvent peu enclins à agir en exécution forcée ou en dommages-intérêts. Ces trois sanctions souffrent toutes de limites importantes. La rétroactivité, attachée à la révocation par exemple, apparaît être une sanction bien trop lourde en présence de libéralités à caractère collectif. Elle s'impose d'autant moins que certains régimes spéciaux de révocation aboutissent à un anéantissement pour l'avenir. La solution retenue en matière de reprise d'apport doit être étendue. D'autres réformes sont encore possibles pour rendre la sanction des libéralités à caractère collectif plus efficace, comme par exemple la reconnaissance à l'autorité administrative de la possibilité d'agir en révocation ou en exécution forcée.

471. Proposition de loi. Les règles ainsi proposées pourraient faire leur entrée dans le Code civil. Un chapitre X intitulé « Des libéralités à caractère collectif » pourrait ainsi être inséré au sein du titre II du livre III du Code civil. Il succéderait aux chapitres qui s'intéressent aux autres catégories spéciales de libéralités. Après avoir défini les libéralités à caractère collectif et précisé quelques dispositions générales, ce chapitre poserait les règles propres à celles-ci en ce qui concerne le formalisme, la capacité de recevoir, l'acceptation, les obligations pesant sur le bénéficiaire, la révision des charges, la réduction pour atteinte à la réserve et, enfin, les sanctions pour inexécution. Cette réforme serait également l'occasion de modifier ou compléter certaines dispositions spéciales dont la présente étude a révélé les incongruités².

²V. Annexe 1.

Bibliographie sommaire

- DIDEROT (D.) et d'ALEMBERT (J.)**, *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, Lausanne et Berne : chez les sociétés typographiques, 1780-1782.
- FENET (P.-A.)**, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, Paris : Videcoq, 1836.
- LOYSEL**, *Institutes coutumières ou manuel de plusieurs et diverses règles*, Paris : A. l'Angelier, 1607.
- PARDESSUS (J.-M.)** (éd.),
- *Œuvres complètes du chancelier d'Aguesseau*, t. 12, *Suite de la correspondance officielle : Ordonnances des donations, testaments, substitutions*, n^{lle} éd., Paris : Fantin : H. Nicole : de Pelafol, 1819.
 - *Œuvres complètes du chancelier d'Aguesseau*, t. 13, *Contenant la fin de la correspondance officielle, et plusieurs mémoires sur la justice et les finances*, n^{lle} éd., Paris : Fantin : H. Nicole : de Pelafol, 1819.
- SHELLE (G.)** (éd.), *Œuvres de Turgot et documents le concernant*, t. 1, Paris : Libraire F. Alcan, 1913.

I. Traités, cours, manuels et ouvrages généraux

- ALAIN**, *Définitions*, préf. A. TUBEUF, Paris : Proverbe, 1999.
- ALLAND (D.) et RIALS (S.)**, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy : PUF, 2003, coll. « Quadrige ».
- ALBERT (J.-L.)**, *Finances publiques*, 10^e éd., avec la collaboration de L. SAÏDI, Paris : Dalloz, 2015, coll. « Cours Dalloz. Série Droit privé ».
- ANTONMATTEI (P.-H.) et RAYNARD (J.)**, *Droit civil : contrats spéciaux*, 7^e éd., Paris : LexisNexis, 2013, coll. « Manuels ».
- ATIAS (C.)**, *Les personnes : les incapacités*, Paris : PUF, 1985, coll. « Droit fondamental. Droit civil ».
- AUBRY (C.) et RAU (C.)**,
- *Cours de droit civil français : d'après la méthode de Zachariæ*, t. 4, 4^e éd., Paris : Marchal et Billard, 1871.
 - *Cours de droit civil français : d'après la méthode de Zachariæ*, t. 6, 4^e éd., Paris : Marchal et Billard, 1873.
 - *Cours de droit civil français : d'après la méthode de Zachariæ*, t. 1, 5^e éd., par G. RAU et C. FALCIMAIGNE, Paris : Marchal et Billard, 1897.
 - *Cours de droit civil français : d'après la méthode de Zachariæ*, t. 9, 5^e éd., par E. BARTIN, Paris : Marchal et Godde, 1917.
 - *Cours de droit civil français : d'après la méthode de Zachariæ*, t. 11, 5^e éd., par E. BARTIN, Paris : Marchal et Godde, 1919.
 - *Droit civil français*, t. 4, 6^e éd., par E. BARTIN, Paris : Éd. techniques, 1942.
 - *Droit civil français*, t. 10, 6^e éd., par P. ESMEIN, Paris : Éd. techniques, 1954.
 - *Droit civil français*, t. 11, 6^e éd., par P. ESMEIN, Paris : Librairies techniques, 1956.
 - *Droit civil français*, t. 1, 7^e éd., par P. ESMEIN et A. PONSARD, Paris : Librairies techniques, 1964.
- AUBY (J.-M.), BON (P.), AUBY (J.-B.) et al.**, *Droit administratif des biens : domaine public et privé, travaux et ouvrages publics, expropriation*, 6^e éd., Paris : Dalloz, 2011, coll. « Précis Dalloz. Droit public, science politique ».
- AUZERO (G.) et DOCKÈS (E.)**, *Droit du travail*, 30^e éd., Paris : Dalloz, 2015, coll. « Précis. Droit privé ».
- AUDIT (B.) et AVOUT d' (L.)**, *Droit international privé*, 7^e éd., Paris : Economica, 2013, coll. « Corpus. Droit privé ».
- BATIFFOL (H.)**, *Droit international privé*, 5^e éd., avec le concours de P. LAGARDE, Paris : LGDJ, 1970, 2 t.

- BATIFFOL (H.) et LAGARDE (P.),** *Droit international privé*, t. 1, *Sources, nationalité, condition des étrangers, conflits de lois (théorie générale)*, 8^e éd., Paris : LGDJ, 1993.
- BAUDRY-LACANTINERIE (G.) et BARDE (L.),**
- *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. 1, *Des obligations*, 3^e éd., Paris : L. Larose et Terrin, 1906.
- *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. 2, *Des obligations*, 3^e éd., Paris : L. Larose et Terrin, 1907.
- BAUDRY-LACANTINERIE (G.) et COLIN (A.),**
- *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. 2, *Des donations entre vifs et des testaments*, Paris : L. Larose, 1896.
- *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. 10, *Des donations entre vifs et des testaments*, 3^e éd., Paris : L. Larose et Terrin, 1905.
- BÉNABENT (A.),**
- *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 11^e éd., Paris : LGDJ-LExtenso éd., 2015, coll. « Domat. Droit privé ».
- *Les obligations*, 14^e éd., Paris : Montchrestien-Lextenso éd., 2014, coll. « Domat. Droit privé ».
- BERGEL (J.-L.), BRUSCHI (M.) et CIMAMONTI (S.),** *Traité de droit civil : Les biens*, 2^e éd., Paris : LGDJ-Lextenso éd., 2010.
- BIENVENU (J.-J.) et LAMBERT (T.),** *Droit fiscal*, 4^e éd., Paris : PUF, 2010, coll. « Droit fondamental. Classique ».
- BIGOT (J.) (dir.),** *Traité de droit des assurances*, t. 4, *Les assurances de personnes*, préf. G. DURRY, Paris : LGDJ, 2007.
- BONNARD (R.),** *Précis de droit administratif*, 4^e éd., Paris : LGDJ, 1943.
- BONNEAU (T.),** *Droit bancaire*, 11^e éd., Paris : LGDJ-Lextenso éd., 2015, coll. « Domat. Droit privé ».
- BOULOC (B.),** *Droit pénal général*, nouvelle éd., Paris : Dalloz, 2015, coll. « Précis ».
- BOUVIER (M.), ESCLASSAN (M.-C.) et LASSALE (J.-P.),** *Finances publiques*, 14^e éd., Paris : LGDJ-Lextenso éd., 2015, coll. « Manuels ».
- BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.),** *Droit international privé*, t. 2, *Partie spéciale*, 3^e éd., Paris : PUF, 2014, coll. « Thémis ».
- BUY (F.), MARMAYOU (J.-M.), PORACCHIA (D.), et al.,** *Droit du sport*, 4^e éd., Paris : LJDG-Lextenso éd., 2015, coll. « Manuel ».
- CANTO-SPERBER (M.) (dir.),** *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, 4^e éd., Paris : PUF, 2004, coll. « Quadrige ».
- CAPITANT (H.),** *Introduction à l'étude du droit civil : notions générales*, 5^e éd., Paris : A. Pédone, 1929.
- CAPITANT (H.), TERRÉ (F.) et LEQUETTE (Y.),** *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 1, *Introduction, personnes, famille, biens, régimes matrimoniaux, successions*, 13^e éd., Paris : Dalloz, 2015, coll. « Grands arrêts ».
- CAPITANT (H.), TERRÉ (F.), LEQUETTE (Y.) et CHÉNÉDÉ (F.),** *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, *Obligations, contrats spéciaux, sûretés*, 13^e éd., Paris : Dalloz, 2015, coll. « Grands arrêts ».
- CARBONNIER (J.),**
- *Droit civil*, t. 3, *Les biens*, 19^e éd., Paris : PUF, 2000, coll. « Thémis. Droit privé ».
- *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, 22^e éd., Paris : PUF, 2000, coll. « Thémis. Droit privé ».
- *Droit civil*, vol. 2, *Les biens, les obligations*, Paris : PUF, 2004, coll. « Quadrige. Manuel ».
- CASSIN (R.),** *Droit civil approfondi et comparé : les libéralités avec charge et les fondations*, Paris : les Cours de droit, 1939.
- CHAMARD-HEIM (C.), MELLERAY (F.), NOGUELLOU (R.), et al.,** *Les grandes décisions du droit administratif des biens*, 2^e éd., Paris : Dalloz, 2015, coll. « Grands arrêts ».
- CHAPUS (R.),** *Droit administratif général*, 15^e éd., Paris : Montchrestien, 2001, coll. « Domat. Droit public ».
- COLIN (A.) et CAPITANT (H.),**
- *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 1, 11^e éd., par L. JULIOT de LA MORANDIÈRE, Dalloz : Paris, 1947.
- *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, 10^e éd., par L. JULIOT de LA MORANDIÈRE, Dalloz : Paris, 1948.

- *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 3, 9^e éd., par L. JULIOT de LA MORANDIÈRE, Dalloz : Paris, 1945.
- COZIAN (M.) et DEBOISSY (F.)**, *Précis de fiscalité des entreprises*, 38^e éd., Paris : LexisNexis, 2014, coll. « Précis fiscal ».
- COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (F.)**, *Droit des sociétés*, 28^e éd., Paris : LexisNexis, 2015, coll. « Manuels ».
- COLLART-DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (P.)**, *Contrats civils et commerciaux*, 10^e éd., Paris : Dalloz, 2015, coll. « Précis. Droit privé ».
- COLLET (M.)**, *Droit fiscal*, 5^e éd., Paris : PUF, 2015, coll. « Thémis. Droit ».
- COLSON (J.-P.) et IDOUX (P.)**, *Droit public économique*, 7^e éd., Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso éd., 2014, coll. « Manuels ».
- CORNU (G.)**, *Droit civil : les biens*, 13^e éd., Paris : Montchrestien, 2007, coll. « Domat. Droit privé ».
- CORNU (G.) (dir.)**, *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., Paris : PUF, 2014, coll. « Quadrige ».
- DEBBASCH (C.)**, *Institutions et droit administratif*, 5^e éd., Paris : PUF, 1999, coll. « Thémis. Droit public ».
- DEBBASCH (C.), BOURDON (J.), PONTIER (J.-M.), et al.**, *Droit administratif des biens*, 3^e éd., Paris : PUF, 1999, coll. « Thémis. Droit public ».
- DECOCQ (A.) et DECOCQ (G.)**, *Droit de la concurrence : droit interne et droit de l'Union européenne*, 6^e éd., Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso éd., 2014, coll. « Manuel ».
- DEMOGUE (R.)**,
- *Traité des obligations en général*, t. 2, *Sources des obligations (suite)*, Paris : A. Rousseau, 1923.
- *Traité des obligations en général*, t. 2, *Sources des obligations (suite et fin)*, Paris : A. Rousseau, 1925.
- DEMOLOMBE (C.)**,
- *Cours de Code napoléon*, t. 18, *Traité des donations entre-vifs et des testaments*, 3^e éd., vol. 1, Paris : A. Durand ; L. Hachette et c^{ie}, 1867.
- *Cours de Code napoléon*, t. 24, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, vol. 1, 2^e éd., Paris : A. Durand ; L. Hachette et c^{ie}, 1870.
- *Cours de Code napoléon*, t. 18, *Traité des donations entre-vifs et des testaments*, vol. 1, 4^e éd., Paris : A. Durand ; Hachette, 1872.
- *Cours de code napoléon*, t. 20, *Traité des donations entre-vifs et des testaments*, vol. 3, 4^e éd., Paris : A. Durand ; L. Hachette et c^{ie}, 1873,
- DONDERO (B.)**, *Droit des sociétés*, 3^e éd., Paris : Dalloz, 2013, coll. « Hypercours Dalloz ».
- DOUAT (E.) et BADIN (X.)**, *Finances publiques : finances communautaires, nationales, sociales et locales*, 3^e éd., Paris : PUF, 2006, coll. « Thémis. Droit ».
- DROSS (W.)**, *Droit des biens*, 2^e éd., Paris : LGDJ-Lextenso éd., 2014, coll. « Domat. Droit privé ».
- DUEZ (P.) et DEBEYRE (G.)**, *Traité de droit administratif*, Paris : Dalloz, 1952.
- DUGUIT (L.)**, *Traité de droit constitutionnel*, t. 3, *La théorie générale de l'État : suite et fin*, 2^e éd., Paris : E. de Brocard, 1923.
- FABRE-MAGNAN (M.)**, *Droit des obligations*, vol. 1, *Contrat et engagement unilatéral*, 3^e éd., Paris : PUF, 2012, coll. « Thémis Droit ».
- FENOUILLET (D.)**, *Droit de la famille*, 3^e éd., Paris : Dalloz, 2013, coll. « Cours Dalloz. Série Droit privé ».
- FOULQUIER (N.)**, *Droit administratif des biens*, 2^e éd., Paris : LexisNexis, 2013, coll. « Manuels ».
- FLOUR (J.)**, *Cours de droit civil : licence 4^e année*, Paris : Les Cours de droit, 1963.
- FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (É.)**,
- *Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, 16^e éd., Paris : Sirey, 2014, coll. « Sirey Université. Série Droit privé ».
- *Les obligations*, t. 3, *Le rapport d'obligation*, 9^e éd., Paris : Sirey, 2015, coll. « Sirey Université. Série Droit privé ».
- FLOUR (J.) et SOULEAU (H.)**, *Droit civil : Les libéralités*, par H. SOULEAU, Paris : Armand Colin, 1982, coll. « U Série Droit privé ».
- FRANÇOIS (J.)**, *Traité de droit civil : Les obligations, régime général*, 3^e éd., Paris : Economica, 2013, coll. « Corpus droit privé ».

- GAUDEMET (J.) et CHEVREAU (E.),** *Droit privé romain*, 3^e éd., Paris : Montchrestien Lextenso éd., 2009, coll. « Domat. Droit privé ».
- GAUDEMET (P.-M.) et MOLINIER (J.),** *Finances publiques*, t. 1, *Budget, trésor*, 7^e éd., Paris : Montchrestien, 1996, coll. « Domat. Droit public ».
- GAUDEMET (Y.),**
- *Droit administratif*, 21^e éd., Paris : LGDJ-Lextenso éd., 2015, coll. « Manuel ».
- *Traité de droit administratif*, t. 2, *Droit administratif des biens*, 15^e éd., Paris : LGDJ-Lextenso éd., 2014.
- GERMAIN (M.) et MAGNIER (V.),** *Traité de droit des affaires*, t. 2, *Les sociétés commerciales*, 20^e éd., Paris : LGDJ-Lextenso éd., 2011.
- GHESTIN (J.), JAMIN (C.) et BILIAU (M.),** *Traité de droit civil : Les effets du contrat*, 3^e éd., Paris : LGDJ, 2001.
- GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.),** *Traité de droit civil : la formation du contrat*, t. 1, *Le contrat, le consentement*, 4^e éd., Paris : LGDJ-Lextenso éd., 2013.
- GIFFARD (A.-E.),** *Précis de droit romain*, 4^e éd., Paris : Dalloz, 1953, coll. « Petits précis Dalloz ».
- GIRARD (P.-F.),** *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^e éd., Paris : A. Rousseau, 1929, rééd., présentée par J.-Ph. LÉVY, Paris : Dalloz, 2003, coll. « Bibliothèque Dalloz ».
- GODFRIN (Ph.) et DEGOFFE (M.),** *Droit administratif des biens : domaine, travaux, expropriation*, 11^e éd., Paris : Sirey, 2015, coll. « Sirey université ».
- GRIDEL (J.-P.),** *Notions fondamentales de droit et droit français : introduction, méthodologie, synthèses*, Paris : Dalloz 1992.
- GRIMALDI (M.),**
- *Droit civil : Libéralités, partages d'ascendants*, Paris : Litec, 2000.
- *Droit civil : Successions*, 6^e éd., Paris : Litec 2001.
- GRIMALDI (M.) (dir.),**
- *Droit patrimonial de la famille*, 4^e éd., Paris : Dalloz, 2011, coll. « Dalloz Action ».
- *Droit patrimonial de la famille*, 5^e éd., Paris : Dalloz, 2014, coll. « Dalloz Action ».
- GUETTIER (C.),** *Droit administratif des biens*, Paris : PUF, 2008, coll. « Thémis. Droit ».
- GUÉVEL (D.),** *Droit des successions et des libéralités*, 3^e éd., Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso éd., coll. « Systèmes ».
- GUIHO (P.),** *Cours de droit civil*, t. 4, *Les obligations*, Lyon : éd. l'Hémès, 1979, coll. « Droit, économie, gestion. Bibliothèque ».
- GUTMANN (D.),** *Droit fiscal des affaires*, 5^e éd., Paris : LGDJ-Lextenso éd., 2014, coll. « Domat. Droit privé ».
- HAURIOU (M.),** *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^e éd., Paris : Sirey, 1933, rééd., par A. HAURIOU, préf. P. DELVOLVÉ et F. MODERNE, Paris : Dalloz, 2002, coll. « Bibliothèque Dalloz ».
- HAUSER (J.) et HUET-WEILLER (D.),** *Traité de droit civil*, t. 3, *La famille*, vol. 1, *Fondation et vie de la famille : mariage, concubinage, filiation, autorité parentale*, 2^e éd., Paris : LGDJ, 1993.
- HUET (J.), DECOQ (G.), GRIMALDI (C.), et al,** *Traité de droit civil : Les principaux contrats spéciaux*, 3^e éd., Paris : LGDJ-Lextenso éd., 2012.
- JEANTIN (M.),** *Droit commercial : Instruments de paiement et de crédit, titrisation*, 8^e éd., avec la collaboration de P. LE CANNU, Th. GRANIER et R. ROUTIER, Paris : Dalloz, 2010, coll. « Précis. Droit privé ».
- JÈZE (G.),**
- *Cours de droit public : les contrats administratifs*, Paris : M. Giard, 1925.
- *Les principes généraux du droit administratif*, t. 2, *La notion de service public, les individus au service public, le statut des agents publics*, 3^e éd., Paris : M. Giard, 1930, rééd., Paris : Dalloz, 2004.
- JOSSERAND (L.),**
- *Cours de droit civil positif français*, t. 1, *Théorie générale du droit et des droits, les personnes, la famille, la propriété et les autres droits réels principaux*, 3^e éd., Liège, impr. G. Thone ; Paris, Sirey, 1938.
- *Cours de droit civil positif français*, t. 2, *Théorie générale des obligations - Les principaux contrats du droit civil - Les sûretés*, 3^e éd., Paris : Sirey, 1939.
- *Cours de droit civil positif français*, t. 3, *Les régimes matrimoniaux, les successions légales, les libéralités*, 3^e éd., Paris : Sirey, 1940.

- JOURDAIN (P.)**, *Les biens*, Paris : Dalloz, 1995.
- JUBAULT (C.)**, *Droit civil : Les successions, les libéralités*, 2^e éd., Paris : Monschrestien-Lextenso éd., 2010, coll. « Domat. Droit privé ».
- LALANDE (A.)**, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 3^e éd., Paris : PUF, 2010, coll. « Quadrige ».
- LAUBADÈRE de (A.)**,
- *Traité élémentaire de droit administratif*, t. 3, *Grands services publics et entreprises nationales*, Paris : LGDJ, 1966.
- *Traité élémentaire de droit administratif*, t. 1, *L'organisation administrative, la fonction administrative et les actes administratifs, la justice administrative, la police administrative et les services publics, la responsabilité administrative*, 8^e éd., Paris : LGDJ, 1980.
- LAURENT (F.)**, *Principes de droit civil*, t. 1, Bruxelles, Bruylant-Christophe ; Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1869.
- LARROUMET (C.)**,
- *Droit civil*, t. 1, *Introduction à l'étude du droit civil*, 5^e éd., Paris : Economica, 2006, coll. « Droit civil ».
- *Droit civil*, t. 2, *Les biens, droits réels principaux*, 5^e éd., Paris : Economica, 2006, coll. « Droit civil ».
- *Droit civil*, t. 3, *Les obligations, Le contrat*, 1^{re} partie, *Conditions de formation*, 6^e éd., Economica, 2007, coll. « Droit civil ».
- *Droit civil*, t. 3, *Les obligations, Le contrat*, 2^e partie, *Effets*, 6^e éd., Paris : Economica, 2007, coll. « Droit civil ».
- LARROUMET (C.) et AYNÈS (A.)**, *Traité de droit civil*, t. 1, *Introduction à l'étude du droit*, 6^e éd., Paris : Economica, 2013, coll. « Corpus. Droit privé ».
- LARROUMET (C.) et BROS (S.)**, *Traité de droit civil*, t. 3, *Les obligations, le contrat*, 7^e éd., Paris : Economica, 2014, coll. « Corpus. Droit privé ».
- LAURENT (F.)**,
- *Principes de droit civil français*, t. 1, Bruxelles, Bruylant-Christophe ; Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1869.
- *Principes de droit civil français*, t. 17, Bruxelles, Bruylant-Christophe ; Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1875.
- *Principes de droit civil français*, t. 19, Bruxelles, Bruylant-Christophe ; Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1876.
- LEBORGNE (A.)**, *Droit de l'exécution : Voies d'exécution et procédures de distribution*, 2^e éd., Paris : Dalloz, 2014, coll. « Précis. Droit privé ».
- LE CANNU (P.) et DONDERO (B.)**, *Droit des sociétés*, 6^e éd., Paris : LGDJ-Lextenso éd., 2015, coll. « Domat. Droit privé ».
- LÉVY (J.-P.) et CASTALDO (A.)**, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., Paris : Dalloz, 2010, coll. « Précis. Droit privé ».
- LEROYER (A.-M.)**, *Droit des successions*, 3^e éd., Paris : Dalloz, 2014, coll. « Cours Dalloz ».
- LE TOURNEAU (Ph.) (dir.)**, *Droit de la responsabilité et des contrats : régimes d'indemnisation*, 10^e éd., Paris : Dalloz, 2014, coll. « Dalloz action ».
- LONG (M.), WEIL (P.), BRAIBANT (G.), et al.**, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 20^e éd., Paris : Dalloz, 2015, coll. « Grands arrêts ».
- LOUSSOUARN (Y.), BOUREL (P.) et VAREILLES-SOMMIÈRES de (P.)**, *Droit international privé*, 10^e éd., Paris : Dalloz, 2013, coll. « Précis. Droit privé ».
- MALAUURIE (Ph.) et AYNÈS (L.)**, *Les biens*, 6^e éd., Paris : Defrénois-Lextenso éd., 2015, coll. « Droit civil ».
- MALAUURIE (Ph.), AYNÈS (L.) et GAUTIER (P.-Y.)**, *Les contrats spéciaux*, 7^e éd., Issy-les-Moulineaux : Defrénois-Lextenso éd., 2014, coll. « Droit civil ».
- MALAUURIE (Ph.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (P.)**, *Les obligations*, 7^e éd., Paris : Defrénois-Lextenso éd., 2015, coll. « Droit civil ».
- MALAUURIE (Ph.) et BRENNER (C.)**, *Les successions, Les libéralités*, 6^e éd., Issy-les-Moulineaux : Defrénois-Lextenso éd., 2015, coll. « Droit civil ».

- MALAURIE (Ph.) et FULCHIRON (H.)**, *La famille*, 4^e éd., Paris : Defrénois-Lextenso éd., 2011, coll. « Droit civil ».
- MALINVAUD (Ph.)**, *Introduction à l'étude du droit*, 15^e éd., Paris : LexisNexis, 2015, coll. « Manuels ».
- MALINVAUD (Ph.)**, **FENOUILLET (D.)** et **MEKKI (M.)**, *Droit des obligations*, 13^e éd., Paris : LexisNexis, 2014, coll. « Manuels ».
- MARCADÉ (V.)**, *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. 4, 8^e éd., Paris : J. Delamotte, 1892.
- MARTY (G.) et RAYNAUD (P.)**,
- *Droit civil : Les personnes*, 3^e éd., par P. RAYNAUD, Paris : Sirey, 1976
 - *Droit civil : Les biens*, 2^e éd., par P. RAYNAUD, Paris : Sirey, 1980.
 - *Droit civil : Les successions et les libéralités*, par P. RAYNAUD, Paris : Sirey, 1983.
 - *Droit civil : Les obligations*, t. 1, *Les sources*, 2^e éd., Paris : Sirey, 1988.
- MARTY (G.)**, **RAYNAUD (P.)** et **JESTAZ (P.)**, *Droit civil : les obligations*, vol. 3, *Le régime*, 2^e éd., Paris : Sirey, 1989.
- MAYER (P.) et HEUZÉ (V.)**, *Droit international privé*, 11^e éd., Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso éd., 2014, coll. « Domat. Droit privé ».
- MAZEAUD (A.)**, *Droit du travail*, 9^e éd., Paris : LGDJ-Lextenso éd., 2014, coll. « Domat. Droit privé ».
- MAZEAUD (H., L. et J.) et CHABAS (F.)**,
- *Leçons de droit civil*, t. 2, *Obligations*, 9^e éd., par F. CHABAS, Paris : Montchrestien, 1998.
 - *Leçons de droit civil*, t. 4, *Successions, Libéralités*, 5^e éd. par L. LEVENEUR et S. MAZEAUD-LEVENEUR, Paris : Montchrestien, 1999.
- MERLE (Ph.)**, *Sociétés commerciales : droit commercial*, 18^e éd., avec la collaboration de A. FAUCHON, Paris : Dalloz, 2014, coll. « Précis. Droit privé ».
- MESTRE (J.)**, **PANCRAZI (M.-E.)**, **ARNAUD-GROSSI (I.)**, et al., *Droit commercial, Droit interne et aspects de droit international*, 29^e éd., Paris : LGDJ-Lextenso éd., 2012, coll. « Manuel ».
- MESURE (S.) et SAVIDAN (P.) (dir.)**, *Dictionnaire des sciences humaines*, Paris : PUF, 2006, coll. « Quadrige ».
- NICINSKI (S.)**, *Droit public des affaires*, 4^e éd., Paris : LGDJ-Lextenso éd., 2014, coll. « Domat. Droit public ».
- PÉLISSIER (J.)**, **LYON-CAEN(A.)**, **JEAMMAUD (A.)**, et al., *Les grands arrêts du droit du travail*, 4^e éd., Paris : Dalloz, 2008, coll. « Grands arrêts ».
- PÉROCHON (F.) et BONHOMME (R.)**, *Entreprises en difficulté, instruments de crédit et de paiement*, 8^e éd., Paris : LGDJ-Lextenso éd., 2009, coll. « Manuel ».
- PERROT (R.) et THÉRY (Ph.)**, *Procédures civiles d'exécution*, 3^e éd., Paris : Dalloz, 2013.
- PICARD (J.-F.)**, *Finances locales*, Paris : LexisNexis, 2013, coll. « Manuels ».
- PIEDELIEVRE (S.) et PUTMAN (E.)**, *Droit bancaire*, Paris : Economica, 2011, coll. « Corpus. Droit privé ».
- PLANIOL (M.)**,
- *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, *Les Preuves ; théorie générale des obligations ; les contrats ; privilèges et hypothèques*, Paris : F. Pichon et Durand-Auzias, 1905.
 - *Traité élémentaire de droit civil*, t. 3, *Régimes matrimoniaux ; successions ; donations et testaments* 2^e éd., Paris : F. Pichon et Durand-Auzias, 1905.
 - *Traité élémentaire de droit civil*, t. 3, *Régimes matrimoniaux ; successions ; donations et testaments*, 6^e éd., Paris : F. Pichon et Durand-Auzias, 1913.
- PLANIOL (M.) et RIPERT (G.)**,
- *Traité pratique de droit civil français*, t 6, *Obligations*, 1^{re} partie, avec le concours de P. ESMEIN, Paris : LGDJ, 1930.
 - *Traité pratique de droit civil français*, t. 10, *Contrats civils*, 1^{re} partie, avec le concours de J. HAMEL et B. PERREAU, Paris : LGDJ, 1932.
 - *Traité pratique de droit civil français*, t. 5, *Donations et testaments*, avec le concours de A. TRASBOT, Paris : LGDJ, 1933.
 - *Traité élémentaire de droit civil*, t. 3, *Régimes matrimoniaux, successions, libéralités*, avec le concours de J. BOULANGER, Paris : LGDJ, 1947.
 - *Traité pratique de droit civil français*, t. 6, *Obligations*, 1^{re} partie, 2^e éd., par P. ESMEIN, Paris : LGDJ, 1952.

- *Traité pratique de droit civil français*, t. 5, *Donations et testaments*, 2^e éd., par A. TRASBOT et Y. LOUSSOUARN, Paris : LGDJ, 1957.
- POTHIER (R.-J.)**,
- *Œuvres complètes de Pothier*, t. 23, *Des donations entre-vifs, des personnes et des choses*, Paris : Thomine et Fortic, 1821.
- *Traité des obligations*, 1821, rééd., préf. J.-L. HALPÉRIN, Paris : Dalloz, 2011, coll. « Bibliothèque Dalloz ».
- PROUDHON (J.-B.-V.)**, *Traité du domaine public ou de la distinction des biens*, t. 1, Dijon : V. Lagier, 1833.
- REY-DEBOVE (J.) et REY (A.) (dir.)**, *Le petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, n^{lle} éd., Paris : le Robert, 2015.
- RICHER (L.)**, *Droit des contrats administratifs*, 9^e éd., Paris : LGDJ-Lextenso éd., 2014, coll. « Manuel ».
- RIPERT (G.)**, *Répétitions écrites de droit civil approfondi et comparé : la notion de libéralité*, Paris : les Cours de droit, 1931.
- RIPERT (G.) et ROBLOT (R.)**, *Traité de droit des affaires*, t. 2, *Les sociétés commerciales*, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, 21^e éd., Paris : LGDJ-Lextenso éd., 2014.
- RIVEIRO (J.)**, *Droit administratif*, préf. J. WALINE, Paris : Dalloz, 1960, rééd., Paris : Dalloz, 2011, coll. « Bibliothèque Dalloz ».
- ROLAND (H.) et BOYER (L.)**, *Introduction au droit*, Paris : Litec, 2003, coll. « Traités ».
- ROUAST (M.)**, *Droit civil approfondi : des libéralités entre vifs exemptes de formes*, Paris : Cours de droit, 1948-1949.
- ROUGEVIN-BAVILLE (M.)**, **DENOIX de SAINT-MARC (R.)**, **LABETOULLE (D.)**, *Leçons de droit administratif*, Paris : Hachette, 1989.
- SALOMON (R.)**, *Précis de droit commercial*, préf. Ch. THIN, Paris : PUF, 2005, coll. « Major ».
- SÉRIAUX (A.)**,
- *Les successions, Les libéralités*, 2^e éd., Paris : PUF, 1993, coll. « Droit fondamental. Droit civil ».
- *Droit des obligations*, 2^e éd., Paris : PUF, 1998, coll. « Droit fondamental. Droit civil ».
- *Manuel de droit des successions*, Paris : PUF, 2003, coll. « Droit fondamental. Manuels ».
- *Manuel de droit des obligations*, Paris : PUF, 2006, coll. « Droit fondamental. Manuels ».
- *Successions et libéralités*, Paris : Ellipses, 2012, coll. « Université. Droit : manuel ».
- *Manuel de droit des obligations*, 2^e éd., Paris : PUF, 2014, coll. « Droit fondamental. Manuels ».
- SERLOOTEN (P.)**, *Droit fiscal des affaires*, 14^e éd., Paris : Dalloz, 2015, coll. « Précis ».
- STARCK (B.)**, **ROLAND (H.) et BOYER (L.)**, *Droit civil*, t. 2, *Les obligations*, vol. 1, *Contrat*, 6^e éd., Paris : Litec, 1998.
- STOUFFLET (J.)**, *Instruments de paiements et de crédit : effets de commerce, chèque, carte de paiement, transfert de fonds*, 8^e éd., Paris : LexisNexis, 2012, coll. « Manuels ».
- STRICKLER (Y.)**, *Les biens*, Paris : PUF, 2006, coll. « Thémis. Droit ».
- TERRÉ (F.)**, *Introduction générale au droit*, 10^e éd., 2015, Paris : Dalloz, coll. « Précis ».
- TERRÉ (F.) et LEQUETTE (Y.)**, *Droit civil : Les successions, les libéralités*, 3^e éd., Paris : Dalloz, 1997, coll. « Précis. Droit privé ».
- TERRÉ (F.)**, **LEQUETTE (Y.) et GAUDEMET (S.)**, *Droit civil : Les successions, les libéralités*, 4^e éd., Paris : Dalloz, 2014, coll. « Précis. Droit privé ».
- TERRÉ (F.)**, **SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.)**, *Droit civil : Les obligations*, 11^e éd., Paris : Dalloz, 2013, coll. « Précis. Droit privé ».
- TERRÉ (F.) et FENOUILLET (D.)**, *Droit civil : Les personnes : personnalité, incapacité, protection*, 8^e éd., Paris : Dalloz, 2012, coll. « Précis. Droit privé ».
- TERRÉ (F.) et SIMLER (P.)**,
- *Droit civil : Les biens*, 9^e éd., Paris : Dalloz, 2014, coll. « Précis. Droit privé ».
- *Droit civil : Les régimes matrimoniaux*, 7^e éd., Paris : Dalloz, 2015, coll. « Précis. Droit privé ».
- TEYSSIÉ (B.)**, *Droit du travail, relations collectives*, 9^e éd., Paris : LexisNexis, 2014, coll. « Manuels ».
- TRUCHET (D.)**, *Droit administratif*, 6^e éd., Paris : PUF, 2015, coll. « Thémis. Droit ».
- VOIRIN (P.) et GOUBEAUX (G.)**, *Droit civil*, t. 2, *Régimes matrimoniaux, successions libéralités*, 28^e éd., par P. VOIRIN, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso éd., 2014, coll. « Manuel ».

VINEY (G.) et JOURDAIN (P.), *Traité de droit civil : Les conditions de la responsabilité*, 4e éd., avec la collaboration de S. CARVAL, Paris : LGDJ-Lextenso éd., 2013.

WALINE (J.), *Droit administratif*, 25^e éd., Paris : Dalloz, 2014, coll. « Précis. Droit public science politique ».

WALINE (M.),

- *Droit administratif*, 7^e éd., Paris : Sirey, 1957.

- *Droit administratif*, 8^e éd., Paris : Sirey, 1959.

ZENATI-CASTAING (F.) et REVET (T.),

- *Les biens*, 3^e éd., Paris : PUF, 2008, coll. « Droit fondamental. Classique ».

- *Successions*, Paris : PUF, 2012, coll. « Droit fondamental. Manuels ».

- *Cours de droit civil, obligations : régime*, Paris : PUF, 2013, coll. « Droit fondamental. Manuels ».

II. Ouvrages spéciaux, monographies, thèses et mémoires

ABERKANE (H.), *Contribution à l'étude de la distinction des droits de créance et des droits réels : Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en droit positif français*, préf. M. FRÉJAVILLE, Paris : LGDJ, 1957.

AERTS (J.), *Les dons et legs modiques, les présents d'usage*, Nancy : Société d'Impressions typographiques, 1938.

ALFANDARI (E.) (dir.), *Associations et fondations en Europe : régime juridique et fiscal*, avec la collaboration de A. NARDONE, Lyon ; Paris : Éd. Juris-service, 1994.

ANCEL (M.-É.), *La prestation caractéristique du contrat*, préf. L. AYNÈS, Paris : Economica, 2002, coll. « Recherches juridiques ».

ARTIGOUHA (J.-P.), *Les libéralités avec charges*, thèse de doctorat en droit, Montpellier : Université Montpellier I, 1994.

ATIBACK (A.), *Intérêt social et intérêt du groupe en matière d'abus commis par les dirigeants sociaux*, thèse de doctorat en droit, Paris : Université Paris II, 1996.

AUBERT (J.-L.), *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, préf. J. FLOUR, Paris : LGDJ, 1970.

AUCOC (L.), *Les établissements publics et la loi du 4 février 1901*, Paris : A. Picard, 1901.

AYMERIC (N.-H.), *Essai sur une théorie générale du compte en droit privé*, préf. A. GHOZI, Paris : Éd. Panthéon-Assas : diff. LGDJ, 2008, coll. « Thèses ».

BAHUREL (C.), *La volonté des morts : vouloir pour le temps où l'on ne sera plus*, préf. M. GRIMALDI, Paris : LGDJ-Lextenso. éd., 2014, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 557.

BARAT (S.), *Dons et legs aux associations à but non lucratif*, Mémoire pour le diplôme supérieur de notariat, Bordeaux : Université de Bordeaux IV, 2009.

BARON (É.) et DELSOL (X), *Fondations reconnues d'utilité publique et d'entreprise*, 2e éd., Lyon, Juris association éd. ; Paris, AGEC, 2004, coll. « Références ».

BARRIÈRE (F.), *La réception du trust au travers de la fiducie*, préf. M. GRIMALDI, Paris : Litec, 2004, coll. « Bibliothèque de droit de l'entreprise ».

BALDOUS (A.), *Le principe de spécialité en droit administratif français*, thèse de doctorat en droit, Aix-en-Provence : Université Aix-Marseille III, 1974.

BÈQUE (F.), *Théorie générale de la spécialité des personnes morales*, thèse de doctorat en droit, Grenoble : Université de Grenoble, 1908.

BENOIST (B.), *Les dons et legs à personnes morales et le principe de spécialité*, Paris : LGDJ, 1938.

BECQUE-ICKOWICZ (S.), *Le parallélisme des formes en droit privé*, préf. P.-Y. GAUTIER, Paris : Éd. Panthéon-Assas : diff. LGDJ, 2004, coll. « Thèses ».

BÉGUIN (C.), *Les contrats d'assurance sur la vie et le droit patrimonial de la famille*, thèse de doctorat en droit, Paris : Université Paris II, 2011.

BÉHAR-TOUCHAIS (M.) (dir.), *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, Actes du colloque organisé par le Centre de droit des affaires et de gestion de l'Université Paris V, 13 janvier 2000, Paris : Economica, 2001, coll. « Études juridiques », t. 12.

BENELBAZ (C.), *Le principe de laïcité en droit public français*, préf. B. PACTEAU, Paris : l'Harmattan, 2011, coll. « Logiques juridiques »

- BERRA (R.)**, *Le principe de libre disposition en droit civil : contribution à la notion d'indisponibilité juridique*, thèse de doctorat en droit, Nancy : Université de Nancy, 1969.
- BERGEL (J.-L.)**, *Les servitudes de lotissement à usage d'habitation*, préf. E. BERTRAND, Paris : LGDJ, 1973, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 131.
- BERGER (J.-H.)**, *Le régime fiscal des apports aux associations de la loi du 1^{er} juillet 1901*, Paris : R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1937.
- BETHOUX (X.)**,
- *De la capacité des personnes morales en ce qui concerne les acquisitions à titre gratuit en droit romain*, Voiron, 1886.
- *Des libéralités dont l'acceptation est soumise à l'autorisation administrative en droit français*, Voiron, 1886.
- BLANLUET (G.)**, *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français*, préf. P. CATALA et M. COZIAN, Paris : LGDJ, 1999, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 313.
- BLEDNIAK (E.) et CHRETIENNOT (E.)**, *Comité d'entreprise : élections, fonctionnement, protection, prérogatives économiques et sociales*, 15e éd., Paris : Dalloz, 2015, coll. « Encyclopédie Delmas ».
- BOITARD (M.)**, *Les contrats de services gratuits*, préf. P. ESMEIN, Paris : Sirey, 1941.
- BOFFA (R.)**, *La destination de la chose*, préf. M.-L. MATHIEU-IZORCHE, Paris : Defrénois-Lextenso éd., 2008, coll. « Doctorat & Notariat », t. 32.
- BOULOUIS (J.)**, *Essai sur la politique des subventions administratives*, préf. L. ROLLAND, Paris : Armand Colin, 1951, coll. « Cahiers de la Fondation nationale des sciences politiques », t. 21.
- BOUYSSOU (M.)**, *Les libéralités avec charges en droit civil français*, préf. G. MARTY, Paris : Sirey, 1947.
- BOYER (L.)**, *La notion de transaction : contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, préf. J. MAURY, Paris : Sirey, 1947.
- BRESSOLLES (P.)**, *Théorie et pratique des dons manuels*, Paris : A. Rousseau, 1885.
- BRICHET (R.)**, *Associations et syndicats, régime fiscal et social*, 6^e éd., Paris : Litec, 1992.
- BRUNETTI-PONS (C.)**, *L'obligation de conservation dans les conventions*, préf. Ph. MALINVAUD, Marseille : PUAM, 2003, coll. « Institut de droit des affaires ».
- BUCHBERGER (M.)**, *Le contrat d'apport : essai sur la relation entre la société et son associé*, préf. M. GERMAIN, Paris : Éd. Panthéon-Assas : diff. LGDJ, 2011, coll. « Thèses ».
- BUR (C.)**, *L'acte anormal de gestion ou le premier risque fiscal pour l'entreprise*, Paris : EFE, 1999, coll. « Audit juridique, comptable et fiscal ».
- CAILLÉ (A.)**, *Don, intérêt et désintéressement : Bourdieu, Mauss, Platon et quelques autres*, Lormond : le Bord de l'eau, 2014, coll. « Bibliothèque du MAUSS ».
- CARPI-PETIT (S.)**, *Les successions en droit administratif*, Rennes : Presse universitaire de Rennes, 2006, coll. « Univers des normes ».
- CE**, *Rendre plus attractif le droit des fondations*, Paris : la Documentation française, 1997, coll. « Les études du Conseil d'État ».
- CHABAS (J.)**, *De la déclaration de volonté en droit civil français*, Paris : Sirey, 1931.
- CHAMOULAUD-TRAPIER (A.)**, *Les fruits et revenus en droit patrimonial de la famille*, Limoges : PULIM, 1999, coll. « Publications de la Faculté de droit et des sciences économiques de l'Université de Limoges ».
- CHAMPEAUX (J.)**, *Étude sur la notion juridique de l'acte à titre gratuit en droit civil français*, Mâcon : J. Buguet-Comptour, 1931.
- CAPITANT (H.)**, *De la cause des obligations : contrats, engagements unilatéraux, legs*, 3e éd., Paris : Dalloz, 1927.
- CHARHON (F.) et COMBES (I.) (dir.)**, *Fondations, fonds de dotation : constitution, gestion, évolution*, Paris : Juris éd., 2011, coll. « Juris corpus ».
- CHÉNÉDÉ (F.)**, *Les commutations en droit privé : contribution à la théorie générale des obligations*, préf. A. Ghozi, Paris : Economica, 2008, coll. « Recherches juridiques », t. 17.
- CHEVALLIER (Y.)**, *Nature juridique des offres de concours à un service public*, Meulan : impr. A. Réty 1923.
- CLEMENS (R.)**, *Personnalité morale et personnalité juridique*, préf. L. LE FUR, Liège, impr. G. Thone ; Paris, Sirey, 1935.
- COULOMBEL (P.)**, *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, Langres : impr. moderne, 1950.

- COHEN (M.) et MILET (L.)**, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, 11^e éd., Paris : LGDJ-Lexenso éd., 2014.
- COLOMBET (C.)**, « Mécénat et propriété littéraire et artistique », in *Mélanges dédiés à Dominique Houlleaux*, Paris : Litec, 1990, p. 61 et s.
- COMBEZ (S.)**, *Le financement de la recherche biomédicale en droit privé : entre le marché et la générosité du public*, thèse de doctorat en droit, Paris : Université Paris I, 2009.
- CROCQ (P.)**, *Propriété et garantie*, préf. M. GOBERT, Paris : LGDJ, 1995, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 248.
- Congrès des notaires de France**, *Le monde associatif*, 92^e Congrès des notaires de France, Deauville, 12-15 mai 1996, Paris : Litec, 1996.
- DAUBAS (P.) et BIGOT de LA TOUANNE (S.)**, *Collecte de fonds et philanthropie : droit et fiscalité*, Lyon : Juris éd., 2009, coll. « Le Juri'Guide ».
- DAVID (A.)**, « La vie des fondations », *RTD civ.* 1959, p. 665 et s.
- DEBBASCH (C.) (dir.)**, *Les fondations, un mécénat pour notre temps ?*, Paris, Economica ; Aix-Marseille, Presses universitaires, 1987, coll. « Science et droit administratif ».
- DEBBASCH (C.) et BOURDON (J.)**, *Les associations*, 9^e éd., Paris : PUF, 2006, coll. « Que sais-je ? ».
- DEBOISSY (F.)**, *La simulation en droit fiscal*, préf. M. COZIAN, Paris : LGDJ, 1997, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 276.
- DELESALLE (G.)**, *Les apports aux associations*, Paris : Jouve, 1944.
- DELSOL (X.)**, *Mécénat et parrainage : guide juridique et fiscal*, 3^e éd., 2003, Lyon, Juris éd. ; Paris, AGEC, 2003, coll. « Référence ».
- DELSOL (X.), GARAY (A.) et TAWIL (E.)**, *Droit des cultes : personnes, activités, biens et structures*, Lyon, Juis éd. ; Paris, Dalloz, 2005, coll. « Référence ».
- DEMICHEL (A.)**, *Le contrôle de l'État sur les organismes privés : essai d'une théorie générale*, préf. J.-M. BUY, Paris : LGDJ, 1960, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 29, 2 vol.
- DEMOGUE (R.)**, *Les notions fondamentales du droit privé : essai critique*, Paris : Librairie Nouvelle de Droit et Jurisprudence, 1911, rééd., Paris : la Mémoire du droit, 2001, coll. « Références »
- DEVIC (L.)**, *Fonds de dotation : création, gestion, évolution*, 2^e éd., 2014, Lyon : Juris éd., 2014, coll. « Le Juris'guide ».
- DIDIER (P.)**, *De la représentation en droit privé*, préf. Y. LEQUETTE, Paris : LGDJ, 2000, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 339.
- DUBOIS – de LUZY (A.)**, *L'interposition de personne*, préf. B. ANCEL, Paris : LGDJ-Lextenso éd., 2010, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 519.
- DUBOIS (J.-P.)**, *Le contrôle administratif sur les établissements publics*, préf. G. DUPUIS, Paris : LGDJ, 1982, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 143.
- DUNAUD (V.)**, *Les libéralités par voie de renonciation*, thèse de doctorat en droit, Limoges : Université de Limoges, 2000.
- DUPEYROUX (J.-J.)**, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, préf. J. MAURY, Paris : LGDJ, 1955.
- DUPUIS (B.)**, *La notion d'intérêt social*, thèse de doctorat, Paris : Université de Paris XIII, 2001.
- ELIACHEVITCH (B.)**, *La personnalité juridique en droit privé romain*, Paris : Sirey, 1942, coll. « Société d'histoire du droit ».
- ELIAS (R.)**, *Théorie de la force obligatoire de la volonté unilatérale : étude et critique*, Paris : impr. Larose et Tenin, 1909.
- FERSTENBERT (J.)**, *Recherche sur la notion juridique de spécialité des personnes publiques*, Orléans : Presses universitaires d'Orléans, 2009.
- FLORES-LONJOU (M.)**, *Associations culturelles*, Paris : Delmas, 1996, coll. « Ce qu'il faut savoir ».
- FLOUR (J.)**, *Le rôle et la notion d'obligation naturelle*, Rapport à l'Association Henri Capitant, non publié, 1952.
- FOUBERT (A.)**, *Le don en droit*, thèse de doctorat en droit, Paris : Université Paris II, 2006.
- FOURQUIN (J.-L.)**, *Assurance-vie et succession*, préf. J.-Y. MAHÉ, Aix-en-Provence : PUAM, 1981, coll. « Travaux et mémoires ».
- FRANCIS LEFEBVRE (éd.)**,
- *La fiducie, mode d'emploi : régime juridique, fiscal et comptable, aspects internationaux*, avec la collaboration de B. GOUTHIERE, 2^e éd., Levallois : F. Lefebvre, 2009, coll. « Dossiers pratiques ».

- *Associations, fondations, congrégations, fonds de dotation*, en collaboration avec P. MACQUERON, D. GATUMEL, D. de GUIBERT et al., Levallois : F. Lefebvre, 2012, coll. « Mémentos pratiques ».
- GARAY (A.) et GUIZARD (D.)**, *Les dons manuels aux associations : régime juridique et fiscal*, Lyon : Éd. Juris service, 2002, coll. « Juris'association guides pratiques ».
- GARRIGOU-LAGRANGE (J.-M.)**, *Recherche sur les rapports des associations avec les pouvoirs publics*, Paris : LGDJ, 1970.
- GENICON (Th.)**, *La résolution du contrat pour inexécution*, préf. L. LEVENEUR, Paris : LGDJ, 2007, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 484.
- GÉNY (F.)**, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, t. 2, Paris : LGDJ, 1954.
- GEOUFFRE de LAPRADELLE (A.)**, *Théorie et pratique des fondations perpétuelles, histoire, jurisprudence, vues critiques, droit français et étranger*, Paris : V. Giard et E. Brière, 1895.
- GERANDO de (B.)**, *De la bienfaisance publique*, t. 1, Bruxelles : Sté Belge de Librairie, 1839.
- GHESTIN (J.)**, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, Paris : LGDJ, 2006.
- GHOZI (A.)**, *La modification de l'obligation par la volonté des parties : étude de droit civil français*, préf. D. TALLON, Paris : LGDJ, 1980, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 166
- GOBERT (M.)**, *Essai sur le rôle de l'obligation naturelle*, préf. J. FLOUR, Paris : Sirey, 1957.
- GOBIN (A.)**, *Le mécénat : Histoire – Droit – Fiscalité*, préf. G. PÉBEREAU, Paris : Entreprise moderne éd., 1987.
- GODBOUT (J.)**, *L'esprit du don*, en collaboration avec A. CAILLÉ, Paris, La Découverte ; Montréal, Boréal, 2000, coll. « La Découverte Poche ».
- GODECHOT (S.)**, *L'articulation du trust et du droit des successions*, préf. Y. LEQUETTE, Paris : Éd. Panthéon-Assas, 2004, coll. « Thèses ».
- GRIMALDI (C.)**, *Quasi-engagement et engagement en droit privé : recherche sur les sources des obligations*, préf. Y. LEQUETTE, Paris : Defrénois, 2007, coll. « Doctorat & Notariat », t. 23.
- GRIMALDI (M.)**, *La nature juridique de l'institution contractuelle*, thèse de doctorat, Paris : Université de Paris II, 1977.
- GROS (R.)**, *Des souscriptions publiques ouvertes dans un but de bienfaisance, honorifique ou d'encouragement*, Dijon : impr. de L. Marchal, 1909.
- GUEDJ (V.)**, *Essai sur le régime juridique des fondations*, thèse de doctorat, Paris : Université de Paris II, 1999.
- GUINCHARD (S.)**, *L'affectation des biens en droit privé français*, préf. R. NERSON, Paris : LGDJ, 1976, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 145.
- HAMEL (J.)**, *La notion de cause dans les libéralités : étude de la jurisprudence française et recherche d'une définition*, Paris : Le Tenin, 1920.
- HAMELIN (J.-F.)**, *Le contrat-alliance*, préf. N. MOLFESSIS, Paris : Economica, 2012, coll. « Recherches juridiques », t. 30.
- HANSENNE (J.)**, *La servitude collective, modalité du service foncier individuel ou concept original ?*, préf. A. WEILL, Liège, 1969.
- HARDOIN (J.)**, *Les apports aux associations de la loi du 1^{er} juillet 1901*, Paris : Dalloz, 1933.
- HOUTCIEFF (D.)**, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, Aix-en-Provence : PUAM, 2001, coll. « Institut droit des affaires », 2 vol.
- IZORCHE (M.-L.)**, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, préf. J. MESTRE, Aix-en-Provence : PUAM, 1995, coll. « Institut de droit des affaires ».
- JEULIN (I.)**, *Les techniques fiduciaires à l'aune du principe de spécialité des personnes morales*, préf. C. JUBAULT, Paris : LGDJ, 2007, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 487.
- JOSSERAND (L.)**, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, t. 2, *Essai de téléologie*, Paris : Dalloz, 1928, rééd., préf. D. DEROUSSIN, Paris : Dalloz, 2006, coll. « Bibliothèque Dalloz ».
- JOURDAIN (P.)**, *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilités civile et pénale*, thèse de doctorat en droit, Paris : Université Paris II, 1982.
- JUGLART de (M.)**, *Obligation réelle et servitude en droit privé français*, thèse de doctorat en droit, Bordeaux : Université de Bordeaux, 1937.
- LAMBERT (S.)**, *L'intention libérale dans les donations*, préf. E. PUTMAN, Aix-en-Provence : PUAM, 2006, coll. « Centre Pierre Kayser ».

- LARDEUX (G.), MEGEAS (R.), PÉDAMON (M.), et al.**, *Code civil allemand : traduction en français du texte en vigueur du 31 octobre 2009*, Paris, Dalloz ; Chasseneuil, Juriscope, 2010, coll. « La lettre des lois ».
- LARROUMET (C.)**, *Les opérations juridiques à trois personnes*, thèse de doctorat en droit, Bordeaux : Université de Bordeaux IV, 1968.
- LASZLO-FENOUILLET (D.)**, *La conscience*, préf. G. CORNU, Paris : LGDJ, 1993, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 235.
- LATINA (M.)**, *Essai sur la condition en droit des contrats*, préf. D. MAZEAUD, Paris : LGDJ, 2009, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 505.
- LEMEUNIER (F.)**, *Associations : constitution, gestion, évolution*, 12^e éd., Paris : Delmas, 2009, coll. « Ce qu'il faut savoir ».
- LEQUETTE (S.)**, *Le contrat-coopération : contribution à l'étude de la théorie générale du contrat*, préf. C. BRENNER, Paris : Economica, 2012, coll. « Recherches juridiques », t. 27.
- LEYTE (G.)**, *Domaine et domanialité publique dans la France médiévale, XI^e-XV^e siècles*, préf. A. RIGAUDIÈRE, Strasbourg : Presses universitaires de Strasbourg, 1996.
- LHUILIER (G.)**, *Essai sur l'acte juridique normatif d'entreprise*, thèse de doctorat en droit, Paris : Université Paris X, 1993.
- LONG (M.)**, *Associations et pouvoirs publics*, Paris : LGDJ-Lextenso éd., 2010, coll. « Systèmes : droit ».
- LOT (A.)**, *Des libéralités aux sociétés civiles et commerciales en droit français*, Paris : A. Rousseau, 1895.
- LUCAS-PUGET (A.-S.)**, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, préf. M. FABRE-MAGNAN, Paris : LGDJ, 2005, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 441.
- MARAIS (J.-L.)**, *L'Histoire du don en France de 1800 à 1939 : dons et legs charitables, pieux et philanthropiques*, Rennes : Presses Universitaires de Rennes, 1999, coll. « Histoire ».
- MARGERIE de (B.)**, *Des incapacités de jouissance en droit civil français*, Paris : F. Loviton, 1936.
- MARTIAL-BRAZ (N.) et ZOLYNSKI (C.) (dir.)**, *La gratuité, un concept aux frontières de l'économie et du droit*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso éd., 2013, coll. « Droit & économie ».
- MATEESCO (J.-S.)**, *L'obligation unilatérale et le Code civil*, thèse de doctorat en droit, Paris : Université de Paris, 1919.
- MARIA (I.)**, *Les incapacités de jouissance : étude critique d'une catégorie doctrinale*, préf. P. ANCEL, Paris : Defrénois-Lextenso éd., 2010, coll. « Doctorat & Notariat », t. 44.
- MARTIN de LA MOUTTE (J.)**, *L'acte juridique unilatéral : essai sur la notion et sa technique en droit civil*, préf. P. RAYNAUD, Paris : Sirey, 1951.
- MARX (J.)**, *Les donations par souscription*, Besançon : impr. de Jacques et Demontrond, 1934.
- MATHEY (N.)**, *Recherche sur la personnalité morale en droit privé*, thèse de doctorat en droit, Paris : Université Paris II, 2001.
- MAURY (J.)**, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, Paris : Jouve, 1920, 2 t.
- MAUSS (M.)**, *Essai sur le don : forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques*, présentation par F. WEBER, 2^e éd., Paris : PUF, 2012, coll. « Quadrige ».
- MAZEAUD (D.)**, *La notion de clause pénale*, préf. F. CHABAS, Paris : LGDJ, 1992, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 223.
- MÉAU-LAUTOUR (H.)**, *La donation déguisée en droit civil français : contribution à la théorie générale de la donation*, préf. P. RAYNAUD, Paris : LGDJ, 1985, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 184.
- MESSNER (F.), PRÉLOT (P.-H.) et WOEHRLING (J.-M.)**, *Droit français des religions*, 2^e éd., Paris : LexisNexis, 2013, coll. « Traités ».
- MICHON (L.)**, *Les obligations propter rem dans le Code civil*, Nancy : impr. de A. Nicolle, 1891.
- MICHOD (L.)**, *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, 2^e éd, par L. TROTABAS, Paris : LGDJ, 1924, 2 parties, rééd., 1998.
- MILLEVILLE (S.)**, *Les restrictions au droit de disposer*, thèse de doctorat en droit, Paris : Université Paris II, 2008.
- MONTREDON (J.-F.)**, *La désolennisation des libéralités*, préf. B. TEYSSIÉ, Paris : LGDJ, 1989, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 209.

- MORIN (A.)**, *Contribution à l'étude dans contrats aléatoires*, préf. A. GHOZI, Clermont-Ferrand, les Presses universitaires de la Faculté de droit de Clermont-Ferrand ; Paris, LGDJ, 1998, coll. « des thèses de l'École doctorale de Clermont-Ferrand », t. 5.
- NAJJAR (I.)**, *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, Paris : LGDJ, 1967.
- NICOD (M.)**, *Le formalisme en droit des libéralités*, La Baule : impr. de la Mouette, 2000.
- OVERSTAKE (J.-F.)**, *Essai de classification des contrats spéciaux*, Paris : LGDJ, 1969.
- PACILLY (G.)**, *Le don manuel*, préf. H. LEMONNIER, Paris : Dalloz, 1936.
- PAILHÉ (H.)**, *De la création des fondations autonomes en droit positif français*, Grenoble : impr. de Boissy et Colomb, 1939.
- PENIN (O.)**, *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat : contribution à l'étude du contrat acte de prévision*, préf. Y. LEQUETTE, Paris : LGDJ-Lextenso éd., 2012, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 535.
- PELOSSE (V.)**, *Des libéralités aux personnes morales à Rome*, Lyon : J. Gallet, 1880.
- PETERKA (N.)**, *Les dons manuels*, préf. P. CATALA, LGDJ, 2001, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 355.
- PLESSIX (B.)**, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, préf. J.-J. BIENVENU, Paris : Éd. Panthéon-Assas : diff. LGDJ, 2003, coll. « Droit public ».
- POMEY (M.)**, *Traité des fondations d'utilité publique*, Paris : PUF, 1980.
- PONS (M.-J.)**, *Des dons et legs en faveur des personnes morales*, Avignon : impr. de Seguin, 1879.
- PONSARD (A.)**, *Les donations indirectes en droit civil français*, Paris : Sirey, 1946.
- POTTIEZ (C.)**, *Les donations par acte notarié et les legs au profit des associations*, Mémoire pour le diplôme supérieur du notariat, Lille : Université de Lille II, 2003.
- PIEBOURG (E.)**, *De la condition des personnes civiles en droit romain et en droit français*, Paris : A. Parent, 1875.
- PITTOIS (A.)**, *Des legs aux personnes morales en droit français*, Paris : impr. de Mocquet, 1887.
- PUIG (P.)**, *La qualification du contrat d'entreprise*, préf. B. TEYSSIÉ, Paris : Éd. Panthéon-Assas, 2002, coll. « Droit privé ».
- QUEINNEC (A.)**, *De la nature et de quelques effets des souscriptions organisés pour les individus et les personnes morales*, Caen : H. Delesques, 1904
- RABREAU (A.)**, *L'usufruit des droits sociaux*, préf. J.-C. HALLOUIN, Paris : Litec, 2006, coll. « Bibliothèque de droit de l'entreprise », t. 70.
- RAFFRAY (R.)**, *La transmission universelle du patrimoine des personnes morales*, préf. F. DEBOISSY, Paris : Dalloz, 2011, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », t. 108.
- RAGEYS (A.-F.)**, *Des libéralités indirectes*, Paris : impr. de Moquet, 1868.
- RAYNAUD (B.)**, *La stipulation d'indisponibilité*, préf. Y. CHAPUT, Clermont-Ferrand, Presses Universitaires de la Faculté de droit de Clermont-Ferrand ; Paris, LGDJ, 2003, coll. « Thèses de l'École doctorale de Clermont-Ferrand », t. 19.
- RÉGNIER (M.)**, *Les associations, fondations, associations culturelles et diocésaines, congrégations : régime juridique et fiscal*, Paris : Gide Loyrette Nouel-Juridictionnaires Joly, 1983.
- RENAUD (S.)**, *L'engagement unilatéral de volonté de l'employeur*, Mémoire de DEA droit social, Paris : Université Paris II, 1999.
- RIEG (A.)**, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit français et allemand*, préf. R. PERROT, Paris : LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 19.
- RIPERT (G.)**, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., Paris : LGDJ, 1949, rééd., Paris : LGDJ-Lextenso éd., 2014, coll. « Anthologie du droit ».
- RIPERT (H.)**, *Le principe de la spécialité chez les personnes morales du droit administratif, son application en matière de dons et legs*, Paris : A. Rousseau, 1906.
- ROBINET (E.)**, *Des libéralités testamentaires en faveur des personnes morales*, Grenoble : Baratier et Dardelet, 1894.
- ROCHFELD (J.)**,
- *Cause et type de contrat*, préf. J. GHESTIN, Paris : LGDJ, 1999, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 311.
- *Les grandes notions du droit privé*, 2e éd., Paris : PUF, 2013, coll. « Thémis. Droit ».
- ROLAND (H.) et BOYER (L.)**, *Adages du droit français*, 4^e éd., Paris : Litec, 1992.

- ROUAST (A.)**, *Essai sur la notion juridique de contrat collectif dans le droit des obligations*, Paris : A. Rousseau, 1909.
- ROUBIER (P.)**, *Le droit transitoire : conflits des lois dans le temps*, 2^e éd., Paris : Dalloz : Sirey, 1960, rééd., Paris : Dalloz, 2008, coll. « Bibliothèque Dalloz ».
- SALEILLES (R.)**,
- *De la personnalité juridique : histoire et théories*, 2^e éd., Paris : Rousseau, 1922.
- *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'Empire allemand*, 3^e éd., Paris : LGDJ, 1925, rééd., Paris : Éd. la Mémoire du droit, 2001, coll. « Références ».
- SAVATIER (R.)**, *Des effets et de la sanction du devoir moral en droit positif français et devant la jurisprudence*, Paris : Société française d'imprimerie et de librairie, 1916.
- SCAPEL (J.)**, *La notion d'obligation réelle*, préf. P. JOURDAIN, Aix-en-Provence : PUAM, 2002, coll. « Institut de droit des affaires ».
- SEBAG (L.)**, *La condition juridique des personnes physiques et des personnes morales avant leur naissance*, Paris : Sirey, 1938.
- SIMONART (V.)**, *La personnalité morale en droit privé comparé : l'unité du concept et ses applications pratiques, Allemagne, Angleterre, Belgique, États-Unis, France, Italie, Pays-Bas, Suisse*, préf. P. VAN OMMESLAGHE, Bruxelles : Bruylant, 1995, coll. « Collection de la Faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles ».
- SOULEAU (H.)**, *L'acte de fondation en droit français*, thèse de doctorat en droit, Paris : Université de Paris, 1969.
- SOUSI (G.)**, *L'intérêt social dans le droit français des sociétés commerciales*, thèse pour le doctorat en droit, Lyon : Université de Lyon III, 1974.
- TERRÉ (F.)**, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, préf. R. LE BALLE, Paris : LGDJ, 1957, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 2.
- TISSIER (T.)**,
- *Des dons et legs aux établissements publics ou d'utilité publique*, Paris : P. Dupont, 1890.
- *Traité théorique et pratique des dons et legs aux établissements publics ou d'utilité publique : aux congrégations et communautés religieuses, aux associations syndicales, aux syndicats professionnels, aux pauvres, aux communes, aux départements, aux colonies et à l'État*, Paris : P. Dupont, 1896, 2 t.
- TRIBOU (G.)**, *Sponsoring sportif*, 4^e éd., Paris : Dunod, 2011, coll. « Connaissance de la gestion ».
- TRUCHET (D.)**, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, préf. J. BOULOIS, Paris : LGDJ, 1977, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 125.
- TRUCHY (H.)**, *Des fondations*, Paris : impr. de H. Jouve, 1888.
- VALLOIR (J.)**, *Essai sur la notion d'acte à titre gratuit : étude de technique juridique*, Rennes : impr. de Oberthur, 1919.
- VALORY (S.)**, *La potestativité dans les relations contractuelles*, préf. J. MESTRE, avant-propos I. NAJJAR, Aix-en-Provence : PUAM, 1999, coll. « Institut de droit des affaires ».
- VAN DEN HEUVEL (J.)**, *La liberté d'association et la personnalité civile*, Bruxelles, Ferdinand Larcier ; Paris, Arthur Rousseau, 1882
- VAREILLE (B.)**, *Volonté, rapport et réduction*, préf. P. SPITÉRI, Paris : PUF, 1988, coll. « Publications de la Faculté de droit et des sciences économiques de Limoges », t. 14.
- VAREILLES-SOMMIÈRES de (M.)**, *Les personnes morales*, Paris : E. Pichon, 1902.
- VIANDIER (A.)**, *La notion d'associé*, préf. F. TERRÉ, Paris : LGDJ, 1978, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 156.
- VERNIÈRES (C.)**, *Les libéralités à trois personnes*, thèse de doctorat en droit, Paris : Université de Paris II, 2012.
- WALINE (M.)**, *Les mutations domaniales : étude des rapports des administrations publiques à l'occasion de leurs domaines publics respectifs*, Paris : Jouve, 1925.
- WITZ (C.)**, *La fiducie en droit privé français*, préf. D. SCHMIDT, Paris : Economica, 1981.
- WITZ (C.) (dir.)**, *Les opérations fiduciaires*, Colloques Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984, préf. B. OPPETIT, Feduci-LGDJ, 1985.
- WORMS (R.)**, *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations en droit romain et en droit français*, Paris : A. Girard, 1891.

YOLKA (P.), *La propriété publique : éléments pour une théorie*, préf. Y. GAUDEMET, Paris : LGDJ, 1997, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 191.

III. Articles, chroniques, fascicules, répertoires

- ABÈLÈS (M.)**, « Nouvelles approches du don dans la Silicon Valley : Une analyse européenne de la philanthropie américaine », in *L'alter-économie : quelle « autre mondialisation » ?*, préf. A. CAILLÉ, Paris : la Découverte, 2003, p. 179 et s.
- ALPI (N.-F.)**, *J.-Cl. civil annexe*, v^o *Fondations*, fasc. 20 : « Fondations – Fondations d'entreprise – Fondations abritées (exemple d'accueil de la Fondation de France) ».
- AMBA D' (D.)**, *Rép. civ. dalloz*, v^o *Interposition de personne*.
- ANCEL (B.)**,
- *J.-Cl. international*, fasc. 535 : « Fraude à la loi ».
- *Rép. internat. dalloz*, v^o *Donation, donation entre époux*.
- ANCEL (B.) et HARMAND-LUQUE (H.)**, *J.-Cl. civil code*, art. 900-2 à 900-8, fasc. unique : « Donations et testaments – révision des conditions et charges imposées à certaines libéralités ».
- ANDREU et THOMASSIN (N.)**, « Rejet de la perpétuité », *Deffrénois* 2015, p. 419 et s.
- ARNAUD (S.), GINON (S.) et PETIT (F.)**, « Importance de la rédaction du testament pour les droits du légataire institué », *Dr. et patr.* 2012, n^o 217, p. 56 et s.
- ASCOLI (A.)**, « La cause dans les donations entre vifs », in *Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Tours, impr. Mame ; Paris, Dalloz, 1939, p. 17 et s.
- AUBERT (J.-L.)**, *Rép. civ. dalloz*, v^o *Engagement par volonté unilatérale*.
- AUBY (J.-M.)**, « Contribution à l'étude du domaine privé de l'Administration », *EDCE* 1958, p. 35 et s.
- AULAGNIER (J.), AYNÈS (L.), BERTREL (J.-P.) et al. (dir.)**, *Lamy patrimoine*, t. 1, v^o *Don manuel*.
- AVENA-ROBARDET (V.)**, « La reprise d'un immeuble apporté à une association n'a pas pour conséquence d'anéantir l'hypothèque le grevant », *D.* 2000, p. 363 et s.
- AVOUT D' (L.) et MALLET-BRICOUT (B.)**, « La liberté de création des droits réels aujourd'hui », *D.* 2013, p. 53 et s.
- AYNÈS (L.)**, « La cession de créance à titre de garantie : quel avenir ? », *D.* 2007, p. 961 et s.
- BAILLOT (Ph.)**, « Les aléas de l'aléa en assurance-vie », in *L'aléa*, Journées nationales, Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Paris : Dalloz, 2011, coll. « Thèmes et commentaires », t. 14, p. 23 et s.
- BARABE (A.)**, « Le mécénat va-t-il supplanter le sponsoring ? », *LPA* 1991, n^o 108, p. 4 et s.
- BARRACHOT (F.)**, « La liberté des personnes publiques de disposer de leurs biens », *RFDA* 2003, p. 1110 et s.
- BAUX (Ph.)**, « Le sponsoring : une nouvelle technique de communication », in *Mélanges offerts à Pierre Vigreux*, Toulouse : I.P.A.-I.A.E, 1981, 2 vol., coll. « Collection Travaux et recherches de l'I.P.A.-I.A.E », p. 71 et s.
- BAZEX (M.)**, « Les personnes publiques peuvent-elles faire des libéralités ? », in G. KOUBI et G. GUGLIELMI (dir.), *La gratuité, une question de droit ?*, Paris ; Budapest ; Torino : l'Harmattan, 2003, coll. « Logiques juridiques », p. 153 et s.
- BÉHAR-TOUCHAIS (M.) et LEGROS (L.)**, *Rép. civ. dalloz*, v^o *Association*.
- BÉNABENT (A.)**, « La prolongation du contrat », *RDC* 2004, p. 117 et s.
- BÉQUET (L.)**, « Des dons et legs charitables – capacité des bureaux de bienfaisance et des divers établissements publics », *Revue générale de l'Administration* 1882, n^o 1, p. 132 et s.
- BÉRANDO (J.-P.)**,
- « La loi du 19 février 2007 créant une fiducie française », in J.-M. TIRARD (dir.) *Trust & fiducie : concurrents ou compléments*, préf. D. HAYTON, Actes du colloque tenu à Paris les 13 et 14 juin 2007, Genève : Éd. Academy & Finance, 2008, p. 123 et s.
- *Rép. internat. dalloz*, v^o *Trust*.
- BERGER (P.) et RICHE (R.)**, « Démembrement de propriété : les stratégies de l'usufruitier », *Actes prat. stratég. patrim.* 2007, n^o 3, p. 4 et s.

- BERNARD de SAINT-AFFRIQUE (J.),** « Fondations et libéralités : problèmes actuels », *Defrénois* 1997, art. 36646
- BERREBI (C.) et VATINE (S.),** « Le crowdfunding en pratique, opportunités et limites », *JCP G* 2015, p. 1266.
- BERTEL (J.-P.),** « Liberté contractuelle et sociétés : Essai d'une théorie du « juste milieu » en droit des sociétés », *RTD com.* 1996, p. 595 et s.
- BERTE (J.-P.),** « La position de la doctrine sur l'intérêt social », *Dr. et patr.*, 1997, n° 48, p. 42 et s.
- BETTIO (N.),** « Les alinéations gratuites entre personnes publiques », in N. JACQUINOT (dir), *Le don en droit public*, Toulouse, Presse de l'Université de Toulouse ; Paris, LGDJ-Lextenso éd., 2013, coll. « Actes de colloque », t. 17, p. 129 et s.
- BINDER (O.) et LA GRANGE de (P.),** « La publicité pour l'alcool : mécénat et parrainage », *Legicom* 1994, n° 4, p. 36 et s.
- BLOCH-LAINÉ (F.),** « Avant-propos », *RF fin. publ.* 1988, n° 23, p. 1 et s.
- BLOUGH (R.),** « Le fonds de dotation : une définition légale confrontée à une interprétation fiscale », *LPA* 2009, n° 222, p. 3 et s.
- BOFFA (R.),** « Le droit réel de jouissance spéciale : acte II », *RDC* 2015, p. 272 et s.
- BONNEAU (T.),** « Le financement participatif », *JCP E* 2015, 1523.
- BONNET (G.),** « De quelques conséquences pratiques des donations temporaires d'usufruit entre parents et enfants », *AJ Famille* 2004, p. 179 et s.
- BORÉ (J.),** « Un centenaire : le contrôle par la Cour de cassation de la dénaturation des actes », *RTD civ.* 1972, p. 249 et s
- BOUGNOUX (A.),** *J.-Cl. civil code*, art. 1845 à 1870-1, fasc. 40 : « Sociétés civiles – Parts sociales ».
- BOULANGER (J.),**
- « Principes généraux du droit et droit positif », in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle : études offertes à Georges Ripert*, t. 1, *Études générales, Droit de la famille*, Paris : LGDJ, 1950, p. 51 et s.
- BOULANGER (F.),** « La loi du 4 juillet 1984 sur la révision des charges dans les libéralités », *JCP G* 1985, I 3177.
- BOULET (L.) et FROSSARD (L.),** *Comm. com. électr.* 2013, n° 7, p. 20 et s.
- BOURRACHOT (F.),** « La liberté des personnes publiques de disposer de leurs biens », *RFDA* 2003, p. 1110 et s.
- BOURZAT (N.),** « Les clauses essentielles du contrat de sponsoring », *RJES* 2010, p. 32 et s.
- BREEN (E.),** *J.-Cl. administratif*, fasc. 165 : « Fondations ».
- BRENNER (C.),** *J.-Cl. civil code*, art. 912 à 930-5, fasc. 20 : « Libéralités – Réserve héréditaire. Quotité disponible – Masse de calcul ».
- BREUIL (S.),** « Stratégies patrimoniales privées autour des fondations », *Actes prat. et stratég. patrim.* 2009, n° 2, p. 32 et s.
- BRICHET (R.),** « Dans quelle mesure les associations sportives et de jeunesse participent-elles à l'exécution d'un service public », in *Service public et libertés : mélanges offerts au Professeur Robert-Édouard Charlier*, Paris : Éd. de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, p. 371 et s.
- BUY (F.),** « Technique contractuelle : les clauses de restitution du matériel « donné » par le sponsor sont-elles valables ? », *Cah. dr. sport* 2008, n° 11, p. 192 et s.
- CABRILLAC (M.),** « Monétique et droit du paiement », in *Aspects du droit privé en fin du 20e siècle : études réunies en l'honneur de Michel de Juglart*, Paris : LGDJ : Monchrestien : Éd. techniques, 1986, p. 83 et s.
- CABRILLAC (R.),**
- « Le projet de réforme du droit des contrats – premières impressions », *JCP G* 2008, I 190.
- « La gratuité, rapport de synthèse », *RLDC* 2013, n° 110, p. 104 et s.
- CALAIS-AULOIS (J.),** « L'atteinte légitime : une nouvelle source du droit subjectif », in *Aspects actuels du droit des affaires : mélanges en l'honneur d'Yves Guyon*, Paris : Dalloz, 2003, p. 171 et s.
- CARBONNIER (J.),** « De peu, de tout et de rien », in *Études offertes à René Rodière*, Paris : Dalloz, 1981, p. 47 et s.
- CASAL (N.)**
- *J.-Cl. voies d'exécution*, fasc. 450 : « Agents de l'exécution – attribution ».
- *J.-Cl. voies d'exécution*, fasc. 460 : « Concours de la force publique ».

- CATALA (P.),**
- « La loi du 23 juin 2006 et les colonnes du temple », *Dr. famille* 2006, étude 43.
- « Assurance-vie, capitalisation, donation – variations civiles et fiscales », in *Fiscalité et entreprise, politiques et pratiques : Liber amicorum Jean-Pierre Le Gall*, Paris : Dalloz, 2007, p. 153 et s.
- CASIMIR (J.-P.),** « L'évolution du rescrit fiscal en France », in *Liber Amicorum Jacques Malherbe*, Bruxelles : Bruylant, 2006, p. 209 et s.
- CASTAGNÉ (S.),** « N'est pas donataire (ou légataire) qui veut : les donations et legs aux associations », *JCP N* 2002, 1506.
- CERMOLACCE (A.) et PERRUCHOT-TRIBOULET (V.),** *J.-Cl. Contrats-Distribution*, fasc. 40 : « Capacité et pouvoirs dans les contrats ».
- CHARBONNEAUX (L.) et MAZEYRIÉ (L.),** « Un outil de mécénat à ne pas négliger : les libéralités de l'article 788 III du Code Général des Impôts », *JCP N* 2007, HS, p. 17 et s.
- CHAPPERT (A.),** « La fiscalité des organismes sans but lucratif », *Deffrénois* 1996, p. 507 et s.
- CHARHON (F.),** « La transmission temporaire d'usufruit vient d'être sécurisée », *Option finance* 2004, n° 782, p. 23.
- CHARLIN (J.),** « La fiducie-libéralité : Essai de synthèse en vue d'un contrat », in C. WITZ (dir.), *Les opérations fiduciaires*, Colloques Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984, préf. B. OPPETIT, Feduci-LGDJ, 1985, p. 135 et s.
- CHASSAGNE-BELMIN (P.),** « Les apports aux associations », *Journ. not.* 1958, art. 45646.
- CHAVANNE (J.-N.),** « L'approche du Ministère de l'Intérieur », in C. DEBBASCH (dir.), *Les fondations, un mécénat pour notre temps ?*, Paris, Economica ; Aix-Marseille, Presses universitaires, 1987, coll. « Science et droit administratif », p. 33 et s.
- CHÉNÉDÉ (F.),** « L'utilité de la cause en droit contemporain des contrats : l'apport du droit administratif », *Contrats, conc. consom.* 2008, étude n° 8.
- COIPEL (M.),** « La théorie de l'engagement par volonté unilatérale et son intérêt particulier en droit des sociétés », in *Mélanges offerts à Van Ommeslaghe*, Bruxelles : Bruylant, 2000, p. 21 et s.
- COMBES (I.),**
- « La donation temporaire d'usufruit », *Option finance* 2006, n° 905, p. 38 et s.
- « La renonciation anticipée à l'action en réduction : une avancée pour les organismes philanthropiques », *JCP N* 2006, HS, p. 22 et s.
- COQUELET (M.-L.),** « La loi du 24 juillet 1966 comme modèle d'un droit commun des groupements », in *Prospectives du droit économique : dialogues avec Michel Jeantin*, Paris : Dalloz, 1999, p. 195 et s.
- CORNU (M.),** « L'espérance d'intangibilité dans la vie des oeuvres d'art », *RTD civ.* 2000, p. 697 et s.
- COSSON (B.) et DELMAZ (D.),** « Les atouts de la donation temporaire d'usufruit de titres à une fondation », *Dr. et patr.* 2007, n° 165, p. 20 et s.
- COSTA (D.),** « L'inaliénabilité et l'imprescriptibilité du domaine public », in *Bien public, bien commun : mélanges en l'honneur d'Étienne Fatôme*, Paris : Dalloz, 2011, p. 89 et s.
- COUDRAI (M.),** « L'obligation naturelle : une idée moderne ? », *RTD civ.* 2011, p. 453 et s.
- CROCQ (P.),** « Propriété fiduciaire, propriété unitaire », in *La fiducie dans tous ses états*, Journées nationales Association Henri Capitant des amis de la culture juridique, Paris : Dalloz, 2011, coll. « Thèmes et commentaires », t. 15, p. 9 et s.
- CRONE (R.),** « La constitution des fondations reconnues d'utilité publique », *LPA* 1996, n° 50, p. 81 et s.
- DADOIT (M.),** « Fonds de dotation : la générosité à la portée de tous », *Dr. et patr.* 2009, n° 182, p. 36 et s.
- DAGOT (M.),** « La preuve de la qualité d'héritier ou « plaidoyer pour une réforme des actes de notoriété », *JCP N* 1974, I 2618.
- DAMAREY (S.),**
- « Les conditions d'attribution d'une subvention à une association », *AJDA* 2008, p. 2397 et s.
- « Le contrôle des dons par la Cour des comptes », in N. JACQUINOT (dir.), *Le don en droit public*, Toulouse, Presse de l'Université de Toulouse ; Paris, LGDJ-Lextenso éd., 2013, coll. « Actes de colloque », t. 17, p. 181 et s.
- DAUBLON (G.-A.),** « Remarques sur les fondations », *Deffrénois* 1996, art. 36297.

- DAVID BEAUREGARD-BERTHIER de (O.)**, « La définition du domaine public mobilier par le Code général de la propriété des personnes publiques », in *L'art et le droit : écrits en hommage à Pierre-Laurent Frier*, Paris : Publications de la Sorbonne, 2010, coll. « De Republica », p. 119 et s.
- DEBBASCH (C.)**, « Le nouveau statut des fondations : fondations d'entreprise et fondations classiques », *D.* 1990, p. 269 et s.
- DEBOISSY (F.) et WICKER (G.)**, « Le statut juridique et fiscal des associations culturelles ou comment dépasser le relativisme d'État », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, Paris : LexisNexis : Dalloz, 2012, p. 763 et s.
- DÉFOSSEZ (M.)**, *J.-Cl. voies d'exécution*, fasc. 345 : « Titre exécutoire ».
- DELSOL (X.)**, « Les fonds de dotation », *D.* 2009, p. 92 et s.
- DEMEER (Y.)**,
- DEMOGUE (R.)**,
- « Capacité d'acquérir des associations déclarées », *RTD civ.* 1931, p. 1 et s.
 - « Rapport général », in *Travaux de la Semaine internationale de droit*, t. 5, *La fiducie en droit moderne*, Paris : Sirey, 1937, p. 1 et s.
- DENIZEAU (C.)**, *J.-Cl. administratif*, fasc. 170 : « Associations – Associations de droit commun, associations para-administratives ».
- DENIZOT (A.)**, « L'étonnant destin de la théorie du patrimoine », *RTD civ.* 2014, p. 547 et s.
- DEPADT-SEBAG (V.)**, « L'usufruit temporaire des personnes physiques », *RTD civ.* 2010, p. 669 et s.
- DERGATCHEFF (C.)**, « Droit comparé en matière de mécanismes fiduciaires : pays anglo-saxons, Suisse, Luxembourg », *JCP E* 2007, 2060.
- DEVOLVÉ (P.)**, « Droit de propriété et droit public » in *Guy Braibant, juriste et citoyen : mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris : Dalloz, 1996, p. 149 et s.
- DOCKÈS (E.)**, « L'engagement unilatéral de l'employeur », *Dr. soc.* 1994, p. 227 et s.
- DONDERO (B.)**, « De la condition potestative licite », *RTD civ.* 2007, p. 677 et s.
- DOUET (F.)**, « Aspects civils et fiscaux des donations d'usufruit temporaire », *JCP N* 2013, 1077.
- DRAPIER (M.)**, « Entre personnes privées et mission d'intérêt général : la « Fondation du patrimoine », une institution à l'équilibre incertain », *D.* 1997, p. 212 et s.
- DREIFUSS (M.)**, « L'immixtion du droit privé dans les contrats administratifs », *AJDA* 2002, p. 1373 et s.
- DROSS (W.)**,
- « La saisine successorale », *Deffrénois* 2004, p. 471 et s.
 - « L'introuvable nullité des conditions potestatives », *RTD civ.* 2007, p. 701 et s.
 - « L'irrévocabilité spéciale des donations existe-t-elle ? », *RTD civ.* 2011, p. 25 et s.
 - « L'ordre public permet-il que soit créé un droit réel perpétuel ? », *RTD civ.* 2013, p. 141 et s.
 - « Que reste-t-il de l'arrêt maison de la poésie ? », *RTD civ.* 2015, p. 413 et s.
- DUCHANGE (N.)**, « Legs aux œuvres : deux formules incitatives », *JCP N* 2007, HS, p. 13 et s.
- DUCCROQ (Th.)**, « De la personnalité civile en France du Saint-Siège et des autres puissances étrangères », *RDP* 1894, p. 47 et s.
- DUPEYROUX (J.-J.)**, « Les obligations naturelles, la jurisprudence, le droit », in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. 2, *Droit comparé. Théorie générale du droit et droit privé*, Paris : Dalloz : Sirey, 1960, p. 321 et s.
- DUFAUX (J.)**, « Les opérations fiduciaires à des fins de libéralités », in C. WITZ (dir.), *Les opérations fiduciaires*, Colloques Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984, préf. B. OPPETIT, Paris : Feduci : LGDJ, 1985, coll. « FEDUCI », p. 113 et s.
- DUPICHOT (J.)**, « Rapport de synthèse : la gratuité et le droit », *Gaz. pal.* 1999, n° 176, p. 930 et s.
- DUPUIS (G.)**, « Définition de l'acte juridique unilatéral », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris : Éd. Cujas, 1975, p. 205 et s.
- DURMARQUE (Y.)**, « Vicissitudes du principe de spécialité des établissements publics industriels et commerciaux », in *Études en l'honneur de Pierre Sandevour : service public, services publics*, Paris ; Montréal : l'Harmattan, 2000, p. 122 et s.
- DUTHEIL (P.-H.)**, « Mécénat et philanthropie : quelques repères dans un environnement en mutation », *Dr. et patr.* 2008, n° 176, p.
- DUTHEIL (P.-H.) et COUCHOUX (S.)**, « Face au mécénat d'entreprise, le parrainage a-t-il encore de l'avenir ? », *Revue Banque* 2006, n° 682, HS, p. 19 et s.

- DUVAL (M.)**, « Testaments et ambiguïtés sur la personne du légataire », *JCP N* 2007, HS, p. 29 et s.
- ÉGÉA (V.)**, « Gratuité, intention libérale et désintéressement », *RLDC* 2013, n° 110, p. 93 et s.
- EISENMANN (C.)**, « Un dogme faux : l'autonomie du droit administratif », in C. EISENMANN, *Écrits de droit administratif*, avant-propos N. CHIFFLOT, Paris : Dalloz, 2013, coll. « Bibliothèque Dalloz », p. 452 et s.
- FABRE-MAGNAN (M.)**, « Réforme du droit des contrats : « un très bon projet », *JCP G* 2008, I 199.
- FARGE (C.)**, « Liquidation de la succession : Masse partageable en présence de libéralités : la réduction des libéralités », in M. GRIMALDI (dir.), *Droit patrimonial de la famille*, 5^e éd., Paris : Dalloz, 2014, coll. « Dalloz Action », n° 264, p. 746 et s.
- FATÔME (É.)**, « À propos des bases constitutionnelles du droit du domaine public », *AJDA* 2003, p. 1192 et s.
- FAVENNEC-HÉRY (F.)**, « La date certaine des actes sous seing privé », *RTD civ.* 1992, p. 1 et s.
- FLORIMOND (G.) et SEROC (S.)**, « Les fonds de dotation ou la capitalisation à des fins d'intérêt général », *CJFI* 2008, n° 53, p. 250 et s.
- FLOUR (Y.), PANSIER (F.-J.)**,
- « Les libéralités ordinaires : Règles de fond des donations : parties au contrat », in M. GRIMALDI (dir.), *Droit patrimonial de la famille*, 5^e éd., Paris : Dalloz, 2014, coll. « Dalloz Action », n° 312, p. 826 et s.
- « Les libéralités ordinaires : Règles de fonds des donations : objet et cause », in M. GRIMALDI (dir.), *Droit patrimonial de la famille*, 5^e éd., Paris : Dalloz, 2014, coll. « Dalloz Action », n° 313, p. 861 et s.
- FONT-RÉAUX de (P.)**, « Rapport sur les fondations en France », in *Travaux de la Semaine internationale de droit*, t. 3, *Les fondations*, Paris : Sirey, 1937, p. 57 et s.
- FOUBERT (A.)**, « Les contraintes pesant sur le juge, l'exemple du droit du don », *Droits* 2011, n° 54, p. 95 et s.
- FOULQUIER (N.)**, « Le domaine public transparent », in *Bien public, bien commun : mélanges en l'honneur d'Étienne Fatôme*, Paris : Dalloz, 2011, p. 141 et s.
- FRANÇOIS (L.)**, « Le statut des syndicats et la personnalité juridique », in *In memoriam Sir Otto Kahn-Freund*, München : C. H. Beck, 1980, coll. « Collection internationale d'études », p. 67 et s.
- FRANÇON (A.)**, « La distinction de la libéralité et de la charge d'une libéralité », *Defrénois* 1954, art. 27291.
- GALLOUX (J.-C.)**, « Les donateurs, le Téléthon, l'éthique et le droit : le retour du paternalisme (bio)médicale », *D.* 2007, p. 515 et s.
- GAST (Ph.)**, « Les cultes et le droit des associations », *LPA* 1996, n° 50, p. 35 et s.
- GASTINE de (L.)**, « La distinction jurisprudentielle du domaine public par rapport au domaine privé », *D.* 1978, p. 249 et s.
- GAUDEMET (S.)**, « Identifier les successeurs », *JCP N* 2011, 1130.
- GAUDEMET (Y.)**,
- « Libertés publiques et domaine public », in *Mélanges Jacques Robert : Libertés*, Paris : Montchrestien, 1998, p. 125 et s.
- « Du domaine de la couronne au domaine public », in *Le droit administratif : permanences et convergences : mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Paris : Dalloz, 2007, p. 525 et s.
- « Qu'est ce qu'une subvention publique ? », *RJEP* 2011, n° 9-9, p. 1 et s.
- GAUTIER (P.-Y.)**,
- « Où la Cour de cassation renoue avec le très ancien droit romain, en réintroduisant massivement le principe du parallélisme des formes dans la modification ou l'extinction des obligations contractuelles », *RTD civ.* 1996, p. 643 et s.
- « Les interactions du droit du civil et du droit du travail », in B. TEYSSIÉ (dir.), *Les sources du droit du travail*, Paris : PUF, 1998, p. 129 et s.
- GENICON (T.)**, « De l'irrévocabilité spéciale des donations à l'ordre public des transferts de propriété à titre gratuit », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois*, Paris : Defrénois, 2012, p. 303 et s.
- GÉNY (F.)**, « Les apports en immeubles aux associations déclarées et non reconnues d'utilité publique », *RTD civ.* 1930, p. 653 et s.

GHESTIN (J.),

- « La notion de condition potestative au sens de l'article 1174 du Code civil », in *Études dédiées à Alex Weill*, Paris : Dalloz : Litec, 1983, p. 243 et s.

- « L'effet rétroactif de la résolution des contrats à exécution successive », in *Mélanges offert à Pierre Raynaud*, Paris : Dalloz : Sirey, 1985, p. 203 et s.

GHESTIN (J.) et BILLAU (M.), « Contre la requalification des contrats d'assurance-vie en contrats de capitalisation », *JCP G* 2001, I 329.

GILCART (S.), « L'association en formation et l'association de fait : soeurs mais pas jumelles », in *Liber amicorum Michel Coipel*, Bruxelles : Wolters Kluwer, 2004, p. 613 et s.

GILLES (D.), « Les écueils de la transmission d'entreprise par donation indirecte », *Dr. et patr.* 1994, n° 20, p. 45 et s.

GJIDARA (S.), « Le déclin de la potestativité dans le droit des contrats : le glissement jurisprudentiel de l'article 1174 à 1178 du Code civil », *LPA* 2000, n° 124, p. 4 et s.

GOBIN (A.), « Propos sur la réversibilité juridique », *JCP N* 1995, I 1119.

GODECHOT-PATRIS (S.), *J.-Cl. civil code*, art. 896 à 899, fasc. unique : « Libéralités – Dispositions générales – Substitutions prohibées ».

GOFFAUX-CALLEBAUD (G.), « La définition de l'intérêt social : retour sur la notion après les évolutions législatives récentes », *RTD com.* 2004, p. 35 et s.

GORÉ et GOURCY de (R.), « Les successions et le droit international privé », in M. GRIMALDI (dir.), *Droit patrimonial de la famille*, 5^e éd., Paris : Dalloz, 2014, coll. « Dalloz Action », n° 72, p. 1331 et s.

GOUBEAUX (G.), « Personnalité morale. Droit des personnes et droit des biens » in *Aspects actuels du droit commercial français : commerce, sociétés, banque et opérations commerciales, procédures de règlement du passif : études dédiées à René Roblot*, Paris : LGDJ, 1984, rééd., Paris : LGDJ-Lextenso. éd., 2014, p. 199 et s.

GRANET-LAMBRECHTS (F.) et HILT (P.), *J.-Cl. civil code*, art. 515-1 à 515-7-1, fasc. unique : « Le pacte civil de solidarité ».

GRARE-DIDIER (C.), « La partage : retouche ou refonte ? », *Dr. et patr.* 2007, n° 157, p. 66 et s.

GRIMALDI (M.),

- « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *Deffrénois* 1991, art. 35085 et 35094.

- « Réflexions sur l'assurance-vie et le droit patrimonial de la famille », *Deffrénois* 1994, art. 35841.

- « Synthèse de Notariat et libéralités », *LPA* 1995, n° 55, p. 21 et s.

- « Les donations à termes », in *Le droit français à la fin du xx^e siècle : études offertes à Pierre Catala*, Paris : Litec, 2001, p. 421 et s.

- « L'assurance-vie et le droit des successions », *Deffrénois* 2001, art. 37276.

- « L'authenticité requise pour la validité de la renonciation au bénéfice d'une donation solennelle », *RTD civ.* 2007, p. 613 et s.

- « Théorie du patrimoine et fiducie », *RLDC* 2010, p. 77 et s.

- « La propriété fiduciaire », in *La fiducie dans tous ses états*, Journées nationales, Association Henri Capitant des amis de la culture juridique, Paris : Dalloz, 2011, coll. « Thèmes et commentaires », t. 15, p. 5 et s.

- « Brèves réflexions sur l'ordre public et la réserve héréditaire », *Deffrénois* 2012, art. 40563.

- « Retour sur les donations de fruits et de revenus (à propos de la mise à disposition d'un logement) », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois*, Paris : Deffrénois-Lextenso éd., 2012, p. 431 et s.

- *J.-Cl. civil code*, art. 943 à 948, fasc. unique : « Donations et testaments – Donations entre vifs – Irrévocabilité des donations par la volonté du donateur – Clauses prohibées – État estimatif des donations mobilières ».

- « Les libéralités ordinaires : les testaments : Règles de fond des testaments : contenu du testament » in M. GRIMALDI (dir.), *Droit patrimonial de la famille*, 5^e éd., Paris : Dalloz, 2014, coll. « Dalloz Action », n° 323, p. 938 et s.

- « Il est possible, au regard du droit français, de créer une fondation *post mortem* hors de France », *RTD civ.* 2015, p. 448 et s.

GROSCLAUDE (J.), « L'adaptation par les personnes publiques des charges attachées aux libéralités », *JCP G* 1980, I 2990.

GUÉVEL (D.),

- « Remarques sur l'évolution des conditions de formes des testaments olographes (dix ans de jurisprudence de la Cour de cassation) », in *Ruptures, mouvement et continuité du droit : Autour de Michelle Gobert*, Paris : Economica, 2004, p. 450 et s.

- « La gratuité intéressée : oxymore d'avenir ? », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gilles Goubeaux*, Paris : Dalloz : LGDJ-Lextenso éd., 2009, p. 229 et s.

- *J.-Cl. civil code*, art. 1328, fasc. unique : « Contrats et obligations – Force probante de la date d'un acte sous seing(s) privé(s) – Date certaine ».

GUGLIELMI (G.-J.), « Reconnaissance et usages de la gratuité en droit public », in N. MARTIAL-BRAZ et C. ZOLYNSKI (dir.), *La gratuité, un concept aux frontières de l'économie et du droit*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, 2013, p. 105 et s.

GUICHARD (M.) et GRAU (R.), « Les dons aux organismes d'intérêt général relèvent de la liberté de circulation des capitaux », *Droit fiscal* 2009, n° 21, 337.

GUILLOIS (T.), « Associations et subventions », *RF fin. publ.* 1988, n° 23, p. 48 et s.

HAMELIN (J.-F.), « Les classifications du contrat », in M. LATINA et G. CHANTEPIE (dir.), *Réforme du droit des obligations*, blog Dalloz, 2015.

HANSENNE (J.), « De l'obligation réelle accessoire à l'obligation réelle principale », in *Études dédiées à Alex Weill*, Paris : Dalloz : Litec, 1983, p. 325 et s.

HAURIOU (A.), « L'utilisation en droit administratif des règles et principes du droit privé », in *Recueil d'études des sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. 3, *Les sources des diverses branches du droit*, Liège, G. Thone ; Paris, Sirey, 1934, p. 92 et s.

HAURIOU (M.),

- « De la personnalité comme élément de la réalité sociale », *RGD* 1898, p. 1 et s., et p. 119 et s.

- « De la personnalité comme élément de la réalité sociale » in *Leçons sur le mouvement social, données à Toulouse en 1898*, Paris : L. Larose, 1898, p. 144 et s

HERTZOG (R.), « Linéament d'une théorie des subventions », *RF fin. publ.* 1988, n° 23, p. 5 et s.

HERVOIS (S.) et GROSJEAN (F.),

- « Donation temporaire d'usufruit, levier fiscal et philanthropique », *JCP N* 2013, 1201.

- « Donation posthume, levier fiscal et philanthropique », *JCP N* 2013, 1217.

HEURTE (A.), « Le régime fiscal des fondations en France », in C. DEBBASCH (dir.), *Les fondations, un mécénat pour notre temps ?*, Paris, Economica ; Aix-Marseille, Presses universitaires, 1987, coll. « Science et droit administratif », p. 65 et s.

HOLLEAUX (A.), « Fondations et mécénat », in C. DEBBASCH (dir.), *Les fondations, un mécénat pour notre temps ?*, Paris, Economica ; Aix-Marseille, Presses universitaires, 1987, coll. « Science et droit administratif », p. 48 et s.

HOURQUEBIE (F.), « Le domaine public mobilier », *RD publ.* 2005, p. 635 et s.

HOUTCIEFF (D.),

- « Le contenu du contrat », in F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats : réflexions et propositions d'un groupe de travail*, Paris : Dalloz, 2009, coll. « Thèmes & commentaires : actes », p. 182 et s.

- *Rép. civ. dalloz*, v° Renonciation.

HOVASSE (S.), « La clause bénéficiaire en assurance-vie à l'épreuve de la réforme du divorce et des libéralités », *JCP G* 2007, I 150.

HUGUET (C.), « À propos du contrat de « sponsoring » : le parrainage publicitaire », *JCP E* 1980, 8940.

IDOUX (P.), « Les dons et subventions des personnes publiques aux personnes privées », in N. JACQUINOT (dir.), *Le don en droit public*, Actes du colloque du 1^{er} et 2 décembre 2011, Toulouse, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole : Paris, LGDJ-Lextenso éd., 2013, p. 157 et s.

IMBERT (L.), *J.-Cl. civil code*, art. 910, fasc. 10 : « Donations et testaments – Capacité de recevoir des personnes morales – L'autorisation administrative – Domaine. Procédure ».

JAILLAIS (L.), « Entreprise : votre générosité est-elle fiscalement déductible ? », *Option finance* 2004, n° 804, p. 32 et s.

- JAUFFRET-SPINOSI (C.)**, « Trust et fiducie », in *Droit et vie des affaires : études à la mémoire d'Alain Sayag*, Paris : Litec, 1997, coll. « Le droit des affaires », p. 329 et s.
- JESTAZ (Ph.)**, « L'engagement par volonté unilatérale », in *Les obligations en droit français et en droit belge, convergences et divergences*, Actes des Journées d'étude organisées les 11 et 12 décembre 1992, Bruxelles, Bruylant ; Paris, Dalloz, 2009, coll. « Collection de la Faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles », p. 3 et s.
- JOSSERAND (L.)**, « Le déclin du titre gratuit », in *Évolutions et Actualités*, Conférences de droit civil, Liège, impr. G. Thone ; Paris, Sirey, 1936, p. 135 et s.
- JOURDAIN (P.)**,
- « Retour sur l'imputabilité », in *Les droits et le droit : mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Paris : Dalloz, 2007, p. 511 et s.
- *J.-Cl. Resp. civ. et assur.*, fasc. 121-10 : « Droit à réparation – Responsabilité fondée sur la faute – Imputabilité ».
- JOURDAIN-THOMAS (F.)**, « Expression de solidarités différentes : fonds de dotation, mécénat en compétence », 2010, 1388.
- JULIENNE (F.)**, *J.-Cl. civil*, art. 2044 à 2058, fasc. 10 : « Transaction – Notion ».
- JULIENNE (M.)**, « Obligation naturelle et obligation civile », *D.* 2009, p. 1709 et s.
- KACZMAREK (L.)**,
- « Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l'opération », *D.* 2009, p. 1845 et s.
- « La preuve de l'engagement unilatéral ou le fait saisi par le droit », *LPA* 2010, n° 225, p. 10 et s.
- KARPENSCHIF (M.)**,
- « De l'utilité d'une association transparente », *JCP G* 2007, II 10132.
- « Contrats publics et subventions », *CP-ACCP* 2008, n° 73, p. 52 et s.
- KAYSER (P.)**, « Un conflit de la liberté des conventions et de la liberté de l'auteur : le contrat de mécénat », in *Études offertes à André Audinet*, Paris : PUF, 1968, p. 129 et s.
- KOTZARIKIAN (M.)**, « La loi du 1er août 2003 : vrai mécénat ou faux parrainage ? », *Légicom* 2006, n° 2, p. 51 et s.
- LAFAYE (C.)**, « Utilité publique, intérêt général, utilité sociale et agréments : la quête du graal ? », *Jurisassociations* 2009, n° 403, p. 13 et s.
- LAGARDE (X.)**, « Réflexions sur le fondement de l'article 931 du Code civil », *RTD civ.* 1997, p. 25 et s.
- LAMARQUE (D.)**, « Le contrôle des associations subventionnées », *RF fin. publ.* 1988, n° 23, p. 111 et s.
- LAMBERTYE-AUTRAND (M.-C.)**, *Rép. internat. dalloz*, v° *Fondation*
- LAPOYADE-DESCHAMPS (C.)**, « Un contrat au service de l'entreprise : le sponsoring », in *Les activités et les biens de l'entreprise : mélanges offerts à Jean Derruppé*, Paris : GLN-Joly : Litec, 1991, p. 125 et s.
- LAUDE (A.)** (dir.), « Propos sur l'avenant », *LPA* 2004, n° 117, p. 10 et s.
- LARONDE-CLÉRAC (C.)**, *J.-Cl. civil annexes* 2008, v° *Associations*, fasc. 10 : « Généralités ».
- LARROUMET (Ch.)**,
- « La fiducie inspirée du trust », *D.* 1990, p. 119 et s.
- « De la cause de l'obligation à l'intérêt au contrat », *D.* 2008, p. 2441 et s.
- « Obligation réelle et obligation personnelle », *RDA* 2013, n° 7, p. 89 et s.
- LARROUMET (Ch.)** et **MONDOLINI (D.)**, *Rép. civil dalloz*, v° *Stipulation pour autrui*.
- LASCOMBE (M.)**, « Les ordres professionnels », *AJDA* 1994, p. 855 et s.
- LATINA (M.)**, « La condition », in M. LATINA et G. CHANTEPIE (dir.), *Réforme du droit des obligations*, blog Dalloz, 2015.
- LATOURNERIE (M.-A.)**, « Du droit de donner et de léguer au droit de fonder, réflexions sur le régime français des fondations », in *La conscience des droits : mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Paris : Dalloz, 2011, p. 391 et s.
- LECLAIR (G.)**, « Crowdfunding : peut-on raisonnablement être associé avec ... la foule ? », *JCP E* 2013, 1709.
- LECLERC (C.)**, « Le statut d'association culturelle et les sectes », *RFDA* 2005, p. 565 et s.
- LECOURT (B.)**, « La gratuité et le droit des affaires », *RTD com.* 2012, p. 455 et s.

LÉCUYER (H.),

- « Assurance-vie, libéralité et droit des successions : retour sur une question controversée », *Dr. famille* 1999, p. 656 et s.

- « L'irrévocabilité spéciale des donations », in *Le droit français à la fin du xx^e siècle : études offertes à Pierre Catala*, Paris : Litec, 2001, p. 405 et s.

LEDOUX (J.-L.), « La fondation testamentaire : une espèce rare en voie de disparition », in *Liber amicorum Michel Coipel*, Bruxelles : Wolters Kluwer, 2004, p. 651 et s.

LENICA (F.) et BOUCHER (J.), « Relations entre collectivités publiques et personnes privées exerçant une mission de service public : mode d'emploi », *AJDA* 2007, p. 1020 et s.

LEPELTIER (D.), « Apports et reprise d'apports dans les associations », *Bull. Joly Sociétés* 1997, p. 401 et s.

LEQUETTE (Y.), « Du paiement des droits de mutation par le donateur », in *Le droit français à la fin du xx^e siècle : études offertes à Pierre Catala*, Paris : Litec, 2001, p. 437 et s.

LE ROY (E.), « La juridicité du don : approche anthropologique », in N. JACQUINOT (dir.), *Le don en droit public*, Toulouse, Presse de l'Université de Toulouse ; Paris, LGDJ-Lextenso éd., 2013, coll. « Actes de colloque », t. 17, p. 9 et s.

LEROYER (A.-M.),

- « Ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006 relative à la partie législative du code général de propriété des personnes publiques », *RTD civ.* 2006, p. 633 et s.

- « Réforme des successions et des libéralités », *RTD civ.* 2006, p. 612 et s.

LESSONA (S.), « Essai d'une théorie générale de la renonciation en droit civil », *RTD civ.* 1912, p. 361 et s.

LEVILLAIN (N.), « La renonciation anticipée à l'action en réduction », *JCP N* 2006, 1349.

LEVENEUR (L.), « Le forçage du contrat », *Dr. et patr.* 1998, n° 58, p. 69 et s.

LÉVY (D.), « Réflexions sur la notion d'utilité publique », in *Service public et libertés : mélanges offerts au professeur Robert-Édouard Charlier*, Paris : Éd. de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, p. 195 et s.

LÉVY (E.), « La confiance légitime », *RTD civ.* 1910, p. 717 et s.

LÉVY-ULLMAN (H.) et GRUNEBaum (P.), « Essai sur les fondations par testament », *RTD civ.* 1904, p. 253 et s.

LIBCHABER (R.),

- « Pour une redéfinition de la donation indirecte », *Deffrénois* 2000, art. 37273.

- « Réalité ou fiction ? Une nouvelle querelle de la personnalité est pour demain », *RTD civ.* 2003, p. 166 et s.

- « Une fiducie française, inutile, incertaine... », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie*, Paris : Defrénois, 2005, p. 303 et s.

- « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », *Deffrénois* 2007, art. 38631 et 38639.

- « Une cession temporaire d'usufruit ? », *Deffrénois* 2008, p. 1656 et s.

- « Les habits neufs de la perpétuité », *RDC* 2013, p. 584 et s.

LIGNEAU (Ph.), « Les conventions des collectivités locales avec le secteur social privé », *AJDA* 1985, p. 4 et s.

LUCAS de LEYSSAC (C.) et LACAZE (X.), « Le paiement en ligne », *JCP G* 2001, I 302.

MACCIONI (H.), « L'image de marque : émergence d'un concept juridique ? », *JCP* 1996, I 3934.

MACQUERON (P.), « Mécénat et ABS : une liaison dangereuse ? », *Lettre Omnidroit* 2009, n° 38, p. 2 et s.

MAGNET (J.), « La notion de deniers publics en droit financier français », *Revue de science financière* 1974, p. 129 et s.

MALAUURIE (Ph.) et AYNÈS (L.), « La transaction », *Deffrénois* 1992, p. 769 et s.

MARÉCHAL (C.), « Démembrement de propriété : un outil de défiscalisation », *Opérations immobilières* 2010, n° 21, p. 22 et s.

MARGUÉNAUD (J.-P.) et DAUCHEZ (B.), « Les libéralités à caractère collectif », in M. GRIMALDI (dir.), *Droit patrimonial de la famille*, 5^e éd., Paris : Dalloz, 2014, coll. « Dalloz Action », n° 36, p. 1103 et s.

MARINI (Ph.), « Enfin la fiducie à la française », *D.* 2007, p. 1347 et s.

- MASTOR (W.),** « Don et politique », in N. JACQUINOT (dir), *Le don en droit public*, Toulouse, Presse de l'Université de Toulouse ; Paris, LGDJ-Lextenso éd., 2013, coll. « Actes de colloque », t. 17, p. 229 et s.
- MAUSS (M.),** « Essai sur le don : forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques », in *Sociologie et anthropologie*, PUF, 1985, p. 145 et s.
- MAYER (P.),** *Rép. internat. dalloz, v° Lois de police.*
- MARMAYOU (J.-M.),** « Approche rédactionnelle des contrats de parrainage sportif », *Cah. dr. sport* 2008, n° 13, p. 31 et s.
- MARTIN (D.),** « L'intérêt des actionnaires se confond-il avec l'intérêt social ? », in *Mélanges en l'honneur de Dominique Schmidt*, Paris : Joly, 2005, p. 359 et s.
- MARTIN (J.-P.),** « Les subventions publiques aux associations culturelles reconnues d'utilité publique », *AJDA* 2002, p. 1453 et s.
- MARTY (G.),** « Rôle du juge dans l'interprétation des contrats », in *Études sur le rôle du juge*, Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, t. 5, Paris : Dalloz, 1950, p. 85 et s.
- MASCLET de BARBARIN (M.),** « Les fonds de dotation, un nouvel instrument de financement au service des universités ? », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Beltrame*, Aix-en-Provence : PUAM, 2010, p. 351 et s.
- MASSON (A.),** « La force juridique de la doctrine des autorités de régulation », *Bull. Joly Bourse* 2006, p. 292 et s.
- MAUBLANC (J.-P.),** « La subvention versée à une association d'élus pour un département Pays Basque ne présente pas d'intérêt public communal », *JCP A* 2007, 2155.
- MAZEAUD (L.),** « L'assimilation de la faute lourde au dol », *D.* 1933, p. 49 et s.
- MAZEYRIE (L.),** « Les donations d'usufruit temporaire : un outil attractif pour le mécénat », *JCP N* 2005, HS, p. 26 et s.
- MÉAU-LATOUR (H.),** « La dématérialisation à l'épreuve du don manuel d'actions », in *Aspects actuels du droit des affaires : mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Paris : Dalloz, 2003, p. 797 et s.
- MELLERAY (F.),** *Rép. cont. adm. dalloz, v° Recours pour excès de pouvoir (moyens d'annulation).*
- MESTRE (A.),**
- « La séparation des pouvoirs dans l'Église », *RDP* 1996, p. 1265 et s.
- « Les congrégations religieuses légalement reconnues », *JCP N* 2005, HS, p. 15 et s.
- MESTRE (J.-L.),** « Les fondations dans l'histoire », in C. DEBBASCH (dir.), *Les fondations, un mécénat pour notre temps ?*, Paris, Economica ; Aix-Marseille, Presses universitaires, 1987, coll. « Science et droit administratif », p. 11 et s.
- MEYER (X.),** « La dévolution des biens d'une association », *Defrénois* 1996, art. 36261.
- MILCAMPES (Th.) et BERDOT (F.),** « Attribution à titre gratuit du bénéfice de l'assurance sur la vie et droit des libéralités », in *Études offertes à André Besson*, Paris : LGDJ, 1976, p. 235 et s.
- MITJAVILE (M.-H.),** « Prise en compte de la situation des membres de la famille du testateur en matière d'autorisation de perception des dons et legs par les associations reconnues d'utilité publique », *JCP G* 2001, II 10624.
- MOLFESSIS (N.),** « La nature des recommandations patronales », *RTD civ.* 2000, p. 200 et s.
- MONNET (J.),** « Les effets des apports en association », *Actes prat. ing. sociétaire*, 2001, n° 58, p. 33 et s.
- MONNERVILLE (F.),** « Le parrainage sportif : aspects contractuels », *Légicom* 2000, n° 3, p. 75 et s.
- MONTE de (P.),** « Les subventions communales à une association d'obédience maçonnique », *AJDA* 2008, p. 1383 et s.
- MORAND-DEVILLER (J.),** « La crise du domaine public », in *Le droit administratif, permanences et convergences : mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Paris : Dalloz, 2007, p. 737 et s.
- MOREAU (D.),** « Les risques de requalification des subventions aux associations en marchés ou en délégation de service public », *AJDA* 2002, p. 902 et s.
- MOREAU (J.),** « Quelle procédure suivre pour accorder des subventions aux associations ? », *JCP A* 2003, 1184.
- MORIN (M.),** « Les clauses d'inaliénabilité dans les donations et testaments », *Defrénois* 1971, art. 29982.

- MOULIN (J.-M.)**, « La régulation du crowdfunding à la française », *RD bancaire et fin.* 2013, n° 4, étude 19.
- MOUTTER (M.)**, « L'usufruit temporaire : une technique méconnue mais avantageuse », *Option finance* 2005, n° 844, p. 42 et s.
- MULLER (Y.)**, *J.-Cl. pénal code*, art. 432-12 et 432-13, fasc. 20 : « Prise illégale d'intérêts ».
- NADAL (N.)**, « Le fonds de dotation ou la recherche de l'intérêt général à la portée de tous ! », *Journal des sociétés* 2009, n° 67, p. 38 et s.
- NAFTALSKI (F.)**, « L'entreprise et le financement de la fondation d'entreprise : des intérêts divergents difficilement conciliables », *Droit des sociétés* 1996, n° 9, p. 1 et s.
- NAJJAR (I.)**, *Rép. civ. dalloz, v° Donations*.
- NÉAU-LEDUC (Ph.)**, « La neutralité fiscale au service de la fiducie », *RD banc. fin.* 2007, n° 3, p. 72 et s.
- NICINSKI (S.)**,
- « Étendue et fondement de la responsabilité d'une personne publique à l'égard d'une association qu'elle subventionne », *AJDA* 2003, p. 1276 et s.
- « Les associations et le droit administratif : plaider pour la convention d'objectifs et de moyens », *Dr. adm.* 2006, étude n° 11.
- NICOD (M.)**,
- « De la libéralité selon le Code civil », in *Leçons du droit civil : mélanges en l'honneur de François Chabas*, Bruxelles : Bruylant, 2011, p. 709 et s.
- « Les libéralités ordinaires : Formalisme des donations », in M. GRIMALDI (dir.), *Droit patrimonial de la famille*, 4^e éd., Paris : Dalloz, 2011, coll. « Dalloz Action », no 311, p. et s.
- « Les libéralités ordinaires : Formalisme des donations », in M. GRIMALDI (dir.), *Droit patrimonial de la famille*, 5^e éd., Paris : Dalloz, 2014, coll. « Dalloz Action », n° 311, p. 809 et s.
- OPPETIT (B.)**, « La résurgence du rescrit », *D.* 1991, p. 105 et s.
- PAILLUSSEAU (J.)**, « Les fondements du droit moderne des sociétés », *JCP E* 1984, 14193.
- PALISSON (M.-C.)**, « Les libéralités de l'article 788 III du Code Général des impôts », *JCP N* 2005, HS, p. 24 et s.
- PANDO (A.)**,
- « Lever les obstacles juridiques pour libérer les dons », *Dr. et patr.* 2013, n° 23, p. 6 et s.
- « Doté d'un cadre juridique, le crowdfunding est promis à un bel avenir », *LPA* 2014, n° 193, p. 4 et s.
- PASQUIER (Th.)**, « Le travail gratuit saisi par le droit du travail », in N. MARTIAL-BRAZ, C. ZOLYNSKI (dir.), *La gratuité, un concept aux frontières de l'économie et du droit*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, 2013, p. 223 et s.
- PASTOR (J.-M.)**, « Vers une définition juridique des subventions publiques », *AJDA* 2013, p. 2232 et s.
- PELLISIER (G.)**, *Rép. cont. adm. dalloz, v° Recours pour excès de pouvoir (Conditions de recevabilité)*.
- PERROTIN (F.)**, « Parrainage ou mécénat : une délicate distinction à opérer », *LPA* 2012, n° 204, p. 3 et s.
- PERRUCHOT-TRIBOULET (V.)**, « Le nouveau droit du financement participatif », in A. CERMOLACCE, F. DOUET et V. PERRUCHOT-TRIBOULET, « Ingénierie patrimoniale », *JCP N* 2014, 1386.
- PETERKA (N.)**,
- « Retour sur les dons électroniques », *RD bancaire et fin.* 2004, p. 298
- « Brèves observations sur les dons en ligne », *Comm. com. élect.* 2005, n° 5, étude 19.
- « Réflexions sur la nature juridique de l'apport en jouissance », *Bull. Joly Sociétés* 2000, p. 361 et s.
- *J.-Cl. civil code*, art. 931, fasc. 30 : « Donations et testaments – Donations entre vifs – Don manuel ».
- PICARD (M.)**, « Rapport » in *La stipulation pour autrui et ses principales applications*, Journées nationales, Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, 1956, t. 7, p. 190 et s.
- PIERRE (Ph.)**, « Aléa et qualification du contrat d'assurance-vie », in *L'aléa*, Journées nationales, Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Paris : Dalloz, 2011, coll. « Thèmes et commentaires », t. 14, p. 51 et s.

- PIGNARRE (G.)**, « Grandeur sans faiblesse de l'engagement unilatéral en droit du travail », in *Mélanges en l'honneur du doyen Roger Decottignies*, Grenoble : Presses universitaires de Grenoble, 2003, p. 283 et s.
- PLANIOL (M.)**, « L'assimilation progressive de l'obligation naturelle et du devoir moral », *Rev. crit. lég. jur.* 1913, p. 152 et s.
- PLESSIX (B.)**, « Le rescrit en matière administrative », *RJEP* 2008, n° 657, p. 3 et s.
- POMEY (M.)**, « Le contrôle par le Conseil d'État des associations reconnues d'utilité publique », in *Études et documents : rapport public 1980*, Paris : la Documentation française, 1981 coll. « ECDE », n° 32, 1981, p. 135 et s.
- PONSARD (A.)**, « Sur quelques difficultés relatives à l'interprétation des testaments : le rôle du juge dans la détermination du légataire ou du bénéficiaire de la charge », *JCP* 1957, I 1385.
- PONTIER (J.-M.)**,
- « De la distinction parfois difficile entre subvention et délégation de service public », *AJDA* 2006, p. 369 et s.
- « Mode d'emploi pour la gestion des services publics culturels », *JCP A* 2007, 2128.
- « Relations financières pouvoirs publics-associations », *JCP A* 2010, act. 88.
- « Une « fondation » peut être un établissement public », *AJDA* 2012, p. 1908 et s.
- POTENTIER (P.)**, « L'apport aux associations », *JCP N* 1997, I 831.
- POUJADE (B.)**,
- « L'offre de concours », *RDP* 1985, p. 1625 et s.
- « Retour sur l'offre de concours », in *Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Richer : à propos des contrats des personnes publiques*, Paris : LGDJ-Lextenso éd., 2013, p. 238 et s.
- PUIG (P.)**, « La fiducie et les contrats nommés », *Dr. et patr.* 2008, n° 171, p. 68 et s.
- RAIMON (N.)**,
- « Les fonds de dotation : une vraie révolution juridique et stratégique ! », *Option finance* 2008, n° 998, p. 27 et s.
- « Stratégies d'entreprise autour des fondations », *Actes prat. et stratég. patrim.* 2009, n° 2, p. 38 et s.
- RAYNAUD (P.)**, « La renonciation à un droit, sa nature et son domaine en droit civil » *RTD civ.* 1936, p. 763 et s.
- RAYNAUD de LAGE (N.)**, « L'entretien : contribution à l'étude de la notion de conservation », *RRJ* 2001, n° 90-1, p. 1269 et s.
- REBOURG (M.)**, « La preuve de l'engagement par volonté unilatérale », *RRJ* 2001, n° 90-1, p. 1405 et s.
- REGOURD (S.)**, *L'acte de tutelle en droit administratif français*, préf. J.-A. MAZÈRES, Paris : LGDJ, 1982, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 142.
- Rémy (Ph.)**, « La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997, p. 323 et s.
- REVEY (Th.)**, « Le droit réel dit « de jouissance spéciale » et le temps », *JCP G* 2015, 252.
- REVILLARD (M.)**,
- *J.-Cl. droit international*, fasc. 526-10 : « Associations en droit international privé ».
- *J.-Cl. droit international*, fasc. 526-11 : « Fondations en droit international privé ».
- RIASSETTO (I.)**, « Finance alternative : quels fonds d'investissement pour quelles aspirations ? », *RD. banc. et fin.* 2013, n° 3, p. 28 et s.
- RICCI (J.-C.)**, « Conclusion », in C. DEBBASCH (dir.), *Les fondations, un mécénat pour notre temps ?*, Paris, Economica ; Aix-Marseille, Presses universitaires, 1987, coll. « Science et droit administratif », p. 111 et s.
- RICHER (L.)**,
- « La notion de tutelle sur les personnes en droit administratif », *RDP* 1979, p. 971 et s.
- « L'action administrative bénévole », in L. RICHER (dir.), *L'activité désintéressée, réalité ou fiction juridique*, Actes du colloque des 15 et 16 octobre 1981, Paris : Economica, 1982, p. 123 et s.
- RIEUBERNET (C.)**, « De la liberté des associations d'accepter une libéralité », *Droit famille* 2009, n° 7, étude 27.
- ROBLOT (R.)**, « De la faute lourde en droit privé français », *RTD civ.* 1943, p. 1 et s.
- RODA (J.-C.)**, « Un paradoxe : la gratuité en droit des affaires », *RLDC* 2013, n° 110, p. 96 et s.

ROCHFELD (J.),

- « Les droits potestatifs accordés par le contrat », in *Le contrat au début du XXI^e siècle : études offertes à Jacques Ghestin*, Paris : LGDJ, 2001, p. 747 et s.

- « Fiducie », *RTD civ.* 2007, p. 412 et s.

- *Rép. civ. dalloz*, v^o Cause.

ROSE-ACKERMAN (S.), « L'inaliénabilité et la théorie des droits de propriété », *RRJ* 1987, p. 533 et s.

ROSKIS (D.), « Les limites des méthodes traditionnelles de qualification contractuelle : le parrainage publicitaire », *D.* 1999, p. 443 et s.

ROUAST (A.), « La prestation gratuite de travail », in *Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Tours, impr. Mame ; Paris, Dalloz, 1939, p. 695 et s.

ROUSSEL (V.), « Aspects immobiliers des fonds de dotation », *JCP N* 2009, 1227.

ROUSSET (O.), « Les communes et la liberté de subventionner les personnes privées », *LPA* 1996, n^o 42, p. 10 et s.

SAGAUT (J.-F.), « Regard notarial sur le nouveau régime des libéralités faites aux associations, congrégations, et fondations », *JCP N* 2007, 1200.

SALMON (J.), « Des autorisations d'office », *Revue générale d'administration* 1895, p. 129 et s.

SARDA (F.),

- « Les libéralités et les personnes morales », *LPA* 1995, n^o 55, p. 18 et s.

- « Dieu comme un mythe », sous l'angle de la convention européenne des droits de l'homme », *Gaz. Pal.* 2002, n^o 38, p. 12 et s.

SAUVAGE (F.),

- « La renonciation anticipée à l'action en réduction », *AJ Famille* 2006, p. 35 et s.

- « Validation d'une fondation testamentaire suisse à créer », *Revue juridique personne et famille* 2015, n^o 6, p. 38 et s.

SAUVAGE (F.) et PORNIN (E.), « L'émergence des fonds de dotation dans le paysage du mécénat français », *Bull. Joly Sociétés* 2009, n^o 6, p. 620.

SAVATIER (J.), « Les contributions patronales au financement du comité d'entreprise », *Dr. soc.* 1990, p. 205 et s.

SAVATIER (R.), « La fiducie en droit français », in *Travaux de la Semaine internationale de droit*, t. 5, *La fiducie en droit moderne*, Paris : Sirey, 1937, p. 57 et s.

SCHILLER (S.), « Notariat et mécénat : les fonds de dotation », *JCP N* 2010, 1389.

SCHMIDT (D.), « De l'intérêt social », *JCP E* 1995, I 488.

SCHMIDT (D.), WITZ (C.) et BISMUTH (J.-L.), « Les opérations fiduciaires en droit français », in C. WITZ (dir.), *Les opérations fiduciaires*, Colloques Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984, préf. B. OPPETIT, Feduci-LGDJ, 1985, p. 305 et s.

SÉRIAUX (A.),

- « Présentation de « L'esprit du don » de J.-E. Godbout », *RRJ* 1993, p. 679 et s.

- « La notion juridique de patrimoine. Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *RTD civ.* 1994, p. 801 et s.

- « L'engagement unilatéral en droit positif français », in C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Actes du colloque du 9 janvier 1998, Paris : Economica, 1999, coll. « Études juridiques », t. 9, p. 7 et s.

- *J.-Cl. civil code*, art. 900-1, fasc. unique : « Libéralités – Dispositions générales – Clauses d'inaliénabilité ».

- *J.-Cl. civil code*, art. 906, fasc. unique : « Donations et testaments – Capacité de disposer ou de recevoir par donation entre vifs ou par testament – Libéralités adressées à des personnes futures ou incertaines ».

SEUBE (J.-B.), « Une nouvelle forme de jouissance des biens : le droit de jouissance spéciale ! », *RDC* 2013, p. 627 et s.

SEVINO (A.), « L'association loi de 1901, la subvention est-elle le prélude à la sanction ? », *Gaz. Pal.* 2001, n^o 352, p. 24 et s.

SILGUY de (S.), « Crowdfunding : un allègement des règles pour favoriser les levées de fonds », *RLDC* 2013, p. 109 et s.

SIMLER (Ph.),

- « Les clauses d'inaliénabilité », *D.* 1971, p. 416-4 et s.

- *J.-Cl. civil code*, art. 1156 à 1164, fasc. 10 : « Contrats et obligations – Interprétation des contrats – L'instrument : Notion, normes, champ d'application ».
- SOULEAU (H.)**, « Les libéralités adressées à la Fondation de France », *Defrénois* 1970, art. 29521.
- SOURIOUX (J.-L.)**, « La croyance légitime », *JCP* 1982, I 3058.
- STARCK (B.)**, « À propos des accords de Grenelle », *JCP* 1970, I 2363.
- STOFFEL-MUNCK (Ph.)**,
- « Le préjudice moral des personnes morales », in *Libre droit : mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Paris : Dalloz, 2008, p. 959 et s.
 - « Les sources des obligations », in F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats : réflexions et propositions d'un groupe de travail*, Paris : Dalloz, 2009, coll. « Thèmes & commentaires : actes », p. 67 et s.
- STORRER (P.)**, « Le droit nouveau du *crowdfunding* par prêts ou par dons », *RB* 2014, n° 774, p. 74 et s.
- TADROS (A.)**, « Création de droit réel : consécration de l'autonomie de la volonté », *D.* 2012, p. 2596.
- TAISNE (J.-J.)**, *J.-Cl. civil code*, art. 1168 à 1174, fasc. unique : « Contrats et obligations – Obligations conditionnelles – Caractères de la condition ».
- TAWIL (E.)**, « Quand les exigences de l'ordre public font obstacle à la reconnaissance du statut d'association culturelle », *JCP A* 2004, 1402.
- TARDROS (A.)**, « Création de droit réel : consécration de l'autonomie de la volonté », *D.* 2013, p. 53 et s.
- TEBOUL (G) et TUOT (T)**, « Fondement et régime des aides de l'État aux entreprises en France », *EDCE* 1989, p. 147 et s.
- TENDLER (R.)**, « Le don manuel : une institution anachronique ? », *D.* 1989, chron., p. 245 et s.
- TEYSSIE (B.)**, « L'intérêt de l'entreprise, aspect de droit du travail », *D.* 2004, p. 1681 et s.
- THOMAS-DEBENEST (G.)**, *J.-Cl. civil code*, art. 913, fasc. 20 : « Donations et testaments – Donations entre vifs – Forme. Absence d'acte authentique ».
- TOURNAFOND (O.)**, « Pourquoi il faut conserver la théorie de la cause en droit civil français », *D.* 2008, p. 2607 et s.
- TRASBOT (A.)**, « Conditions et charges confessionnelles dans les libéralités aux personnes morales publiques », in *Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Tours, impr. Mame ; Paris, Dalloz, 1939, p. 839 et s.
- TRIPET (F.)**, « La prohibition de la fiducie-libéralité : Pourquoi une telle démesure ? », *Gaz. Pal.* 2006, n° 294, p. 6 et s.
- TRUCHET (D.)**, « Nouvelles récentes d'un illustre vieillard. Label de service public et statut du service public », *AJDA* 1982, p. 427 et s.
- VALLENS (J.-L.)**, *Rép. civ. dalloz, v° Alsace et Moselle*
- VAN RYN (J.)**, « Engagement par déclaration unilatérale de volonté en droit commercial », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, t. 2, *Droit positif*, Bruxelles, Bruylant ; Paris, Sirey, 1963, p. 953 et s.
- VAN STEENLANDT (Ph.)**, « L'arrêt du 17 octobre 2007 : un nouveau cas de nullité des donations », *JCP N* 2008, 1281.
- VAREILLE (B.)**,
- « Les libéralités familiales », *LPA* 1995, n° 55, p. 4 et s.
 - « Nouveau rapport, nouvelle réduction », *D.* 2006, p. 2565 et s.
 - « Portée liquidative de la renonciation anticipée à l'action en réduction : attention, danger ! », *Defrénois* 2008, p. 159 et s.
 - « Réflexions sur l'imputation en droit des successions », *RTD civ.* 2009, p. 1 et s.
 - « L'indifférence des mobiles de la libéralité », *Defrénois* 2011, p. 698 et s.
- VIUDES (Ph.) et ALBOUY (C.)**, « De la théorie de l'affiliation en matière de libéralités faites à des associations », *JCP N* 2011, 1164.
- VOIRIN (P.)**, « Évolution de la cause des libéralités postérieurement à la donation ou au testament », in *Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Tours, impr. Mame ; Paris, Dalloz, 1939, p. 895 et s.
- VOULET (J.)**, « Le grief de dénaturation devant la Cour de cassation », *JCP G* 1971, I 2410.

WALINE (J.), « La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif », in *Le contrat au début du ^{xx} siècle : études offertes à Jacques Ghestin*, Paris : LGDJ, 2001 p. 965 et s.

WESTER-OUISSE (V.),

- « Le préjudice moral des personnes morales », *JCP G* 2003, I 145.

- « La jurisprudence et les personnes morales », *JCP G* 2009, I 121.

WICKER (G.), *Rép. civ. dalloz, v^o Personne morale*.

WILHEM (P.), « Le parrainage audiovisuel », *Legicom* 1998, n^o 16, p. 7 et s.

WILLMANN (C.), « Le service gratuit, à la recherche de son contrat, à propos de l'article 10 de la loi du 29 juillet 1998 », *RDSS* 1999, n^o 35, p. 350 et s.

WITZ (C.),

- « La révision des charges et conditions en matière de libéralité après la loi du 4 juillet 1984 », *D.* 1985, chron., p. 101 et s.

- « La fiducie française face aux épreuves étrangères et à la convention de La Haye relative au *trust* », *D.* 2007, p. 1369 et s.

- « Contrat ou acte juridique ? » in F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats : réflexions et propositions d'un groupe de travail*, Paris : Dalloz, 2009, coll. « Thèmes & commentaires : actes », p. 51 et s.

- *J.-Cl. civil code*, art. 2011 à 2030, fasc. 20 : « Fiducie – Effets et extinction ».

WOEHRELING (J.-M.), « Le rapport Machelon : une utile contribution à la démythification du droit français des cultes », *JCP A* 2006, 1292.

ZEGHIB (H.), « La loi, le juge et les pratiques religieuses », *AJDA* 2008, p. 1997 et s.

ZÉNATI (F.),

- « Législation française et communautaire de droit privé », *RTD civ.* 1987, p. 802 et s.

- « La proposition de refonte du livre II du code civil », *RTD civ.* 2009, p. 211 et s.

IV. Études, rapports, colloques, projets de réformes

BLEIN (Y.), *Simplifications pour les associations*, rapport de mission Assemblée nationale, non publié, 2014.

CATALA (P.) (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris : La documentation française, 2006.

C. comptes,

- *L'emploi des fonds collectés par l'association Greenpeace France*, non publié, 2012.

- *La qualité de l'information financière communiquée aux donateurs par les organismes faisant appel à la générosité publique*, Paris : la Documentation française, 2007.

- *Rapport annuel public 1998*, Paris : Direction des journaux officiels, 1998.

- *Rapport annuel public 2008*, Paris : Direction des journaux officiels, 2008.

- *Rapport annuel public 2011*, Paris : Direction des journaux officiels, 2011.

- *Rapport d'observations définitives de la Cour des comptes sur « L'association France Alzheimer et maladies apparentées – Union nationale des associations Alzheimer : l'impact des recommandations de la Cour »*, juin 2009.

CE,

- *Études et documents : rapport public*, Paris : la Documentation française, 1982-2015, coll. « ECDE », n^{os} 33-66.

- *L'utilité publique aujourd'hui : étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'État le 25 novembre 1999*, Paris : La Documentation française, 1999, coll. « Les études du Conseil d'État ».

- Le rescrit, sécuriser les initiatives et les projets : étude adoptée le 14 novembre 2013 par l'Assemblée générale du Conseil d'État, Paris : la Documentation française, 2014, coll. « Les études du Conseil d'État ».

Congrès des notaires de France, *Le monde associatif*, 92^e Congrès des notaires de France, Deauville, 12-15 mai 1996, Paris : Litec, 1996.

DUFOUR (G.) et VABRES (R.), « Les dons « oubliés », les dons innovants : étude juridique et fiscale », Rapport au Ministre de la vie associative, non publié, 2012.

LANGLAIS (J.-L.), *Pour un partenariat renouvelé entre l'État et les associations*, rapport à Madame la Ministre de la santé, de la jeunesse, des sports et de la vie associative, non publié, 2008.

- LAURENS de (O.)**, *Les fonds et fondations en France de 2001 à 2010*, étude mai 2011.
- LLUELLES (D.)**, *L'engagement par déclaration unilatérale de volonté en droit civil*, 12^e conférence Albert-Mayraud, éd. Thémis, 2008.
- MACHELON (J.-P.)**, *Rapport de la Commission de réflexion juridique sur les relations des cultes avec les pouvoirs publics*, Documentation française, 2006.
- Ministère de la Santé, de la Jeunesse et des Sports (éd.)**, *La subvention publique, le marché public et la délégation de service public*, Guide association, 2006.
- OLIVIER (C.) (dir.)**, *Les financements innovants des associations et fondations : états des lieux et perspectives*, non publié, 2013.
- PERINET-MARQUET (H.) (dir.)**, Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens, Paris : Litec, 2009, coll. « Carré droit ».
- TERRÉ (F.) (dir.)**, *Pour une réforme du droit des contrats : réflexions et propositions d'un groupe de travail*, Paris : Dalloz, 2009, coll. « Thèmes & commentaires : actes ».
- TCHERNONOG (V.)**, *Le paysage associatif français, mesures et évolutions : économie, sociologie*, 2^e éd., préf. V. FOURNEYRON, postf. H. SIBILLE, Paris, Dalloz ; Lyon, Juris éd., 2013, coll. « Hors série ».

V. Notes et observations sous arrêt

- AGOESTINI (E.)**, note ss Civ. 1^{re}, 14 mai 1991, *D.* 1992, p. 149.
- BÉHAR-TOUCHAIS (M.)**, obs. ss Cass., Civ. 1, 1^{er} mars 1988, *JCP G* 1989, II 21373.
- BEIGNIER (B.)**
- note ss CA Nancy, 15 janvier 1997, *Droit famille* 1998, comm. 91.
 - note ss CA Paris, 3 septembre 1997, *Droit famille* 1998, comm. 29.
- BOULANGER (F.)**, note ss CE, 19 février 1990, *Commune d'Eguilles*, *JCP G* 1990, II 21535.
- BUY (F.)**
- obs. ss Civ. 1^{re}, 15 novembre 2005, *Cah. dr. sport* 2006, n° 3, p. 238.
 - obs. ss CA Versailles, 11 octobre 2007, *Cah. dr. sport* 2008, n° 11, p. 192.
- CAPITANT (H.)**, note ss CA Montpellier, 16 décembre 1901, *D.* 1907, 2, p. 241.
- CARBONNIER (J.)**, note ss Civ., 30 décembre 1952, *Deffrénois* 1953, art. 27147.
- CHAVRIER (M.)**, note ss CA Lyon, 8 juin 1971, *D.* 1971, p. 555.
- CORNU (G.)**, obs. ss CA Rennes, 8 octobre 1969, *RTD civ.* 1970, p. 372.
- COUTURIER (G.)**
- obs. ss Soc., 19 novembre 1997, *Dr. soc.* 1997, p. 90.
 - obs. ss Soc, 18 mars 1997, *Dr. soc.* 1997, p. 544.
- CRÔNE (R.)**
- obs. ss Civ. 1^{re}, 27 juin 2000, *BMIS* 2000, p. 980.
 - note ss Civ. 1^{re}, 27 juin 2000, *Deffrénois* 2000, p. 1226.
- DAVIGNON (J.-F.)**, concl. ss TA Lyon, 22 novembre 1989, *JCP* 1990, II 21424.
- DELPECH (Ph.)**, obs. ss CA Chambéry, 20 janvier 1937, *S.* 1937, 2, p. 177.
- DEMOGUE (R.)**, obs. ss CA Paris, 21 octobre 1902, *RTD civ.* 1903, p. 648.
- DREYFUS (J.-D.)**, note ss TA Amiens, 9 novembre 2006, *AJDA* 2007, p. 808.
- DUCCROCQ (S.)**, obs. ss CA Douai, 27 juin 1997, *Droit ouvrier* 1997, p. 447.
- GAUDEMET (S.)**, obs. ss Civ. 1^{re}, 20 février 2008, *RDC* 2008, p. 1303.
- GENICON (T.)**, obs. ss Civ. 1^{re}, 28 novembre 2012, *RDC* 2013, p. 505.
- GRAVELEAU (Ph.)**, note ss CE, 23 juin 2000, *Gaz. Pal.* 2001, n° 69, p. 21.
- GRIMALDI (M.)**, note ss Civ. 1^{re}, 10 mai 2007, *RTD civ.* 2007, p. 604.
- JOURDAIN (P.)**, obs. ss Civ. 1^{re}, 31 mai 2007, *RTD civ.* 2007, p. 776.
- LABBÉ (J.-E.)**, note ss Trib de la Seine, 30 mars 1881, *S.* 1881, 2, p. 249.
- LA TOUANNE de (S.)**, obs. ss Civ. 1^{re}, 23 janvier 2008, *D.A* 2008, n° 2, p. 8.
- LEVEUR (L.)**, note ss Civ. 3^e, 13 octobre 1993 *Contrats, conc. consom.* 1996, comm. 19.
- LIBCHABER (R.)**, obs. ss Civ. 1^{re}, 16 octobre 2001, *Deffrénois* 2002, p. 251 et s.
- MALAURIE (Ph.)**
- note ss CA Lyon, 8 juin 1971, *Deffrénois* 1972, art. 30054.
 - note ss Civ. 1^{re}, 23 janvier 2008, *Deffrénois* 2008, p. 971.
- MARMAYOU (J.-M.)**, note ss CA Versailles, 11 octobre 2007, *Comm. com. électr.* 2008 n° 11, p. 24.

- MARTIN (D.)**, note ss Civ. 1^{re}, 5 janvier 1978, *D.* 1978, IR, p. 468.
MAUGÛE (C.), concl. ss CE, 18 décembre 2000, *JCP G* 2001, II 10616.
MAZEAUD (H. et L.), obs. ss Trib. civ. de Saint-Étienne, 8 juillet 1957 *RTD civ.* 1958, p. 71.
MAZEAUD (D.), note ss CA Toulouse, 14 février 1996, *D.* 1997, p. 168.
MAZEAUD (J.), note ss Civ. 1^{re}, 12 juillet 1966, *D.* 1966, p. 614.
MESTRE (J.), obs. ss Civ. 1^{re}, 5 mai 1986, *RTD civ.* 1987, p. 102.
MOLFESSIS (N.), obs. ss Civ. 1^{re}, 10 octobre 1995, *D.* 1997, p. 85.
NERSON (R.), note ss CA Lyon, 20 octobre 1958, *D.* 1959, 2, p. 11.
PATARIN (J.), note ss Civ. 1^{re}, 30 mars 1999, *RTD civ.* 1999, p. 677.
PLANIOL (M.),
- note ss CA Nîmes, 22 janvier 1890, *D.P* 1895, 1, p. 217.
- note ss CA Pau, 13 mai 1890, *D.* 1890, 2, p. 345.
- note ss Civ., 26 mai 1894, *D.* 1895, 1, p. 217.
PRÉTOT (X.), obs. ss CE, 11 mai 1994, *AJDA* 1994, p. 912.
ROCHFELD (J.), obs. ss Civ. 1^{re}, 16 octobre 2001, *JCP* 2002, I 134.
RODRIGUEZ (K.), note ss CA Pau, 20 janvier 2004, *BMIS* 2004, p. 561.
ROMIEU (M.),
- concl. ss CE, 17 mars 1893, *Chemin de fer du Nord, de l'Est et autres*, S. 1894, 3, p. 119.
- concl. ss CE, 9 mars 1906, *Gau. Bosc., Rec.*, p. 225.
ROUAULT (M.-C.), note ss CE, 11 mai 1994, *JCP N* 1995, II 281.
SAVATIER (R.),
- obs. sous Cass., Req., 17 décembre 1924, *RTD civ.* 1925, p. 165.
- note ss CA Paris, 1er juillet 1926 et Trib. civil de la Seine, 1er février 1927, *D.* 1928, 2, p. 12.
- obs. ss Req., 30 octobre 1934, *Rev. trim.* 19345, p. 186 et s.
- obs. ss Civ. 1^{re}, 19 octobre 1965, *RTD civ.* 1966, p. 328.
- obs. ss Civ. 1^{re}, 21 octobre 1973, *RTD civ.* 1975, p. 756.
- note ss CA Nancy, 2 juin 1976, *JCP* 1977, II 18708.
SEUBE (J.-B.), obs. ss Civ. 2^e, 6 mai 2010, *Defrénois* 2010, p. 1706.
SOULEAU (H.), note ss Civ. 1^{re}, 9 mars 1983, *Defrénois* 1983, art. 33172.
THALLER (E.), note ss Req., 22 octobre 1894, *D.* 1896, 1, p. 145.
TOUVET (L.), concl. ss CE, 17 octobre 1997, *Commune de Fougerolles*, *CJEG* 1998, p. 16.
VERNIÈRES (C.), note ss Civ. 1^{re}, 16 septembre 2010, *AJ Famille*, p. 542.
WAHL (A.), note ss Civ., 28 octobre 1895, S. 1897, 1, p. 289.

VI. Travaux parlementaires

Assemblée nationale,

- JO AN CR 1980, n° 57.
JO AN CR 1987, n° 45.
JO AN CR 1987, n° 54/2.
JO AN CR 1991, n° 21/2.
JO AN CR 1991, n° 58/1.
JO AN CR 1991, n° 66.
JO AN CR 2002, n° 30/3.
JO AN CR, 2014, n° 44/2.
JO AN Q, 30/05/1957, p. 2672.
JO AN Q, 4/03/2008, p. 1872
JO AN Q, 11/03/2008, p. 2076.
JO AN Q 07/04/2009, p. 3355.
JO AN Q, 11/05/2010, p. 5146.
JO AN Q, 30/08/2010, p. 9511.
Rapp. AN 1986-1987, n° 836.
Rapp. AN 1989-1990, n° 1368.
Rapp. AN 2007, n° 3557.
Rapp. AN 2008, n° 908.

Rapp. AN 2008, n° 1145.

Rapp. AN 2014, n° 1891.

Sénat,

Avis Sénat 2013-2014, n° 70.

Avis Sénat 2013-2014, n° 106.

JO Sénat CR 1984, n° 15.

JO Sénat CR 1987, n° 29.

JO Sénat CR 1991, n° 24.

JO Sénat CR 1991, n° 52.

JO Sénat CR 2008, n° 57.

JO Sénat CR, 2013, n° 124.

JO Sénat Q 2012, p. 2156.

Rapp. Sénat 1980-1981, n° 370.

Rapp. Sénat 1986-1987, n° 231.

Rapp. Sénat 1989-1990, n° 213.

Rapp. Sénat 1989-1990, n° 345.

Rapp. Sénat 2001-2002, n° 5.

Rapp. Sénat 2007-2008, n° 413.

Rapp. Sénat 2010-2011, n° 20.

Rapp. Sénat 2013-2014, n° 84.

Annexes

| | |
|--|-----|
| <i>Proposition de loi</i> | 525 |
| <i>Statuts-types – Association reconnue d’utilité publique</i> | 539 |
| <i>Statuts-types – Fondation reconnue d’utilité publique avec conseil d’administration</i> | 547 |
| <i>Statuts de la Fondation de France</i> | 557 |
| <i>Conditions générales de création et de fonctionnement des fonds au sein de la Fondation de France</i> | 565 |

Annexe 1

Proposition de loi

Loi n° du relative aux libéralités à caractère collectif

Titre I^{er} – Dispositions générales

Article 1

Dans le titre II du livre III du code civil, il est institué un chapitre X ainsi rédigé :

« Chapitre X

« Des libéralités à caractère collectif

« Section 1

« Dispositions générales

« Art. 1100 – Au sens du présent chapitre, les libéralités à caractère collectif sont les libéralités destinées à la collectivité, ou à des groupes de personnes indéterminées par l’intermédiaire de personnes morales de droit public ou de droit privé à but non lucratif.

« Elles sont régies par les dispositions qui suivent, sous réserve des textes spéciaux qui s’y appliquent.

« Art. 1100-1 – Les libéralités à caractère collectif sont la fondation et la libéralité-participation¹.

« La fondation est l’acte par lequel une ou plusieurs personnes physiques ou morales décident l’affectation irrévocable de biens à la réalisation d’une œuvre d’intérêt général et à but non lucratif non encore initiée. Cette affectation peut être temporaire ou perpétuelle².

« La libéralité-participation est l’acte par lequel une ou plusieurs personnes physiques ou morales décident l’affectation irrévocable de biens à la réalisation d’une œuvre déjà initiée.

« Art. 1100-2 – L’engagement de fonder un nouvel établissement est irrévocable : il ne peut être rétracté ; le décès ou l’incapacité du fondateur avant son acceptation est indifférent³.

« Art. 1100-3 – Par dérogation à l’article 906 du Code civil, un legs, adressé à un groupement qui n’existe pas ou qui ne jouit pas de la capacité juridique de recevoir une libéralité au jour

¹Un critère fondé sur initiative a été dégagé pour distinguer les libéralités classiques aux personnes morales des fondations (V. *supra*, n° 74.).

²Ce texte permettrait de trancher le débat actuel sur la possibilité de fondations temporaires (V. *supra*, n°s 88. et s.).

³La fondation entre vifs dont le but est de créer un nouvel établissement repose sur un engagement unilatéral de volonté (V. *supra*, n° 208.).

de l'ouverture de la succession, n'est pas nul lorsque la formalité à laquelle est attachée cette capacité rétroagit à cette date⁴.

« Art. 1100-4 – Les différents intérêts, tant matériels que moraux, n'excluent pas une intention libérale du disposant⁵.

« Art. 1100-5 – Toute personne morale, publique ou privée, peut consentir une libéralité à caractère collectif⁶.

« À peine de nullité, cette libéralité doit être conforme à la spécialité de son auteur⁷.

« Art. 1100-6 – Lorsque la libéralité est adressée à la personne morale bénéficiaire par l'entremise d'un intermédiaire de transmission, l'opération constitue une fiducie valable, nonobstant les dispositions de l'article 2013⁸.

« Le cas échéant, le fiduciaire peut désigner un tiers protecteur chargé de surveiller l'exécution de la fiducie.

« Section 2

« De la forme des libéralités à caractère collectif

« Article 1100-7 – Sous réserve des dispositions suivantes, les libéralités à caractère collectif sont soumises aux règles de forme des libéralités ordinaires.

« Article 1100-8 – Les libéralités réalisées par les personnes morales peuvent l'être par acte sous seing privé⁹.

« Article 1100-9 – Les actes de fondation entre vifs réalisés par une personne physique doivent l'être conformément aux prescriptions de l'article 931 du Code civil¹⁰.

« Article 1100-10 – La souscription reposant sur un engagement unilatéral du souscripteur doit, au-delà d'un certain seuil fixé par décret en Conseil d'État, être constaté, à peine de nullité, par un bulletin de souscription¹¹.

⁴Ce texte vient consacrer, dans le Code civil, la possibilité de fondations testamentaires directes (V. *supra*, n° 96.) et plus largement insister sur rôle joué par la rétroactivité de l'acquisition de la capacité juridique (V. *supra*, n° 270.).

⁵Les libéralités à caractère collectif sont, par essence, des libéralités intéressées (V. *supra*, nos 181. et s.).

⁶L'admission des libéralités publiques ne fait aucun doute (V. *supra*, n° 53.).

⁷La spécialité impose qu'une personne publique agisse conformément à l'intérêt général (local ou national), qu'un groupement à but lucratif recherche des retombées économiques, etc. (V. *supra*, nos 325. et s.).

⁸De nombreuses libéralités à caractère collectif ont été requalifiées en fiducies innomées (V. *supra*, nos 217. et s.).

⁹Le formalisme ordinaire n'est pas justifié en présence de personnes morales (V. *supra*, n° 341.).

¹⁰Si l'engagement de fonder entre vifs repose sur un engagement unilatéral de volonté et donc sur une donation indirecte (V. *supra*, n° 208.), la gravité de l'acte commande l'intervention du notaire (V. *supra*, n° 342.).

¹¹Là encore, si la promesse de souscription repose sur un engagement unilatéral de volonté (V. *supra*, n° 210.), un formalisme informatif doit être imposé pour protéger le souscripteur (V. *supra*, n° 346.).

« Section 3

« De la capacité de recevoir une libéralité à caractère collectif

« Article 1100-11 – Sous réserve des dispositions spéciales, les personnes morales de droit français sont capables de recevoir des libéralités¹².

« Article 1100-12 – Les établissements de santé, sociaux et médico-sociaux, et les associations dont les bénévoles interviennent en leur sein ne peuvent profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires faites en leur faveur par des personnes hébergées dans le ou les établissements que dans les conditions fixées à l'article 909 du code civil¹³.

« Article 1100-13 – Les personnes morales au nom desquelles les mandataires judiciaires à la protection des majeurs exercent leurs fonctions ne peuvent profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires des personnes dont ils assurent la protection quelle que soit la date de la libéralité sauf les exceptions prévues à l'article 909 du Code civil¹⁴.

« Article 1100-14 – Les associations ou fondations dont les activités ou celles de leurs dirigeants sont visées à l'article 1^{er} de la loi n° 2001-504 du 12 juin 2001 tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales, sont incapables de recevoir des libéralités¹⁵.

« Section 4

« De l'acceptation des libéralités à caractère collectif

« Article 1100-15 – I. - Les libéralités sont acceptées librement par les groupements¹⁶.

« II. - Par dérogation au précédent alinéa, les fondations, les fonds de dotation, les associations reconnues d'utilité publique, les associations dont la mission est reconnue d'utilité publique et les associations d'intérêt général acceptent librement les libéralités qui leur sont faites sous réserve de la non-opposition du représentant de l'État dans le département¹⁷.

« Si le représentant de l'État dans le département constate que le gratifié ne satisfait pas aux conditions légales exigées pour avoir la capacité juridique à recevoir des libéralités ou qu'il n'est pas apte à utiliser la libéralité conformément à son objet statutaire, il doit former opposition à la libéralité, dans des conditions précisées par décret, la privant ainsi d'effet¹⁸.

¹²La « grande capacité de jouissance doit être reconnue, sauf exception, à toutes les personnes morales de droit français (V. *supra*, n° 301.).

¹³L'incapacité de suspicion mérite d'être maintenue (V. *supra*, n° 247.) et d'être étendue aux établissements de santé. En revanche, l'incapacité d'exercice ne se justifie plus (V. *supra*, n° 276.).

¹⁴La disposition actuellement contenue au sein de l'article 909 du Code civil (V. *supra*, n° 247.) serait déplacée pour intégrer le chapitre relatif aux libéralités à caractère collectif.

¹⁵À l'heure actuelle ces groupements peuvent recevoir des libéralités, mais doivent être autorisés par l'autorité de tutelle à les accepter. Il serait plus logique de les rendre incapables de recevoir à titre gratuit (V. *supra*, n° 277.).

¹⁶L'absence de restriction à la capacité d'exercice doit être la règle (V. *supra*, n° 304.), notamment pour les établissements de droit public. La référence à l'intérêt des familles et l'institution de la réserve administrative doivent être abandonnées (V. *supra*, n° 284.).

¹⁷En raison du label d'honorabilité reconnu par les pouvoirs publics à ces établissements, une tutelle *a priori* doit s'exercer sur eux (V. *supra*, n° 304.).

¹⁸Il doit s'agir d'une obligation pour l'autorité de tutelle de s'opposer et non d'une simple faculté (V. *supra*, n° 291.).

« Afin de lui permettre de contrôler leur aptitude à utiliser la libéralité conformément à leur objet statutaire, ces organismes adressent annuellement au représentant de l'État dans le département un rapport d'activité ainsi que leurs comptes¹⁹.

« La libéralité acceptée non soumise au contrôle du représentant de l'État dans le département peut être déclarée nulle, par le juge judiciaire, à la demande de tout intéressé²⁰.

« III. - Les libéralités consenties à des États étrangers ou à des établissements étrangers habilités par leur droit national à recevoir des libéralités sont acceptées librement par ces États ou par ces établissements, sauf opposition formée par l'autorité compétente, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État.

« IV. - Par exception aux alinéas précédents, les dons manuels peuvent être acceptés librement lorsqu'ils ne dépassent pas un seuil nominal fixé par décret²¹.

« En cas de pluralité de dons manuels d'un même disposant réalisés sur une même année, il est tenu compte du montant total de ces dons. Le don manuel réalisant le franchissement de seuil doit être soumis au contrôle du représentant de l'État dans le département, à peine de nullité de l'ensemble.

« Article 1100-16 – Les libéralités sont acceptées par le représentant légal du groupement. Ses statuts peuvent soumettre cette acceptation à l'autorisation des administrateurs²².

« Section 5

« Des obligations pesant sur le bénéficiaire

« Article 1100-17 – Le bénéficiaire d'une libéralité à caractère collectif doit respecter l'affectation stipulée par le disposant, et le cas échéant les autres charges.

« Les libéralités sont toujours affectées. La charge d'affectation peut être expresse ou tacite²³.

« Article 1100-18 – Les charges imposant des affectations contraires à la spécialité du groupement sont illicites ou impossibles au sens de l'article 900, sous réserve de l'article 1100-21²⁴.

« Article 1100-19 – Les clauses d'inaliénabilité sont valables sans que les dispositions de l'article 900-1 ne leur préjudicient. Elles peuvent être expresse ou tacites. Elles sont tacites

¹⁹Une telle tutelle *a priori* n'est efficace que si elle est doublée d'une tutelle *a posteriori* permettant de vérifier l'utilisation des précédentes libéralités reçues (V. *supra*, n° 303.).

²⁰Une sanction en cas de méconnaissance de la procédure de non-opposition doit être prévue (V. *supra*, n° 290.).

²¹L'exonération de la tutelle ne se comprend que pour les dons manuels, sinon modiques, de faible valeur (V. *supra*, n° 296.).

²²L'actuel article 937 dispose que les libéralités sont acceptées par les administrateurs. De nombreuses dispositions réglementaires et statutaires prévoient alors que les conseils d'administration d'un certain nombre de groupements « accepte[ent] les dons et legs », ce qui est un non-sens. Ils peuvent, tout au plus, en autoriser l'acceptation (V. *supra*, n° 271.).

²³Les libéralités à caractère collectif sont par essence des libéralités affectées (V. *supra*, nos 167. et s.).

²⁴Le principe de spécialité peut être sanctionné par le juge judiciaire sur le terrain de l'article 900 du Code civil (V. *supra*, n° 320.).

lorsque le bien transmis participe, par ses utilités propres, à la réalisation de l'affectation voulue²⁵.

« Article 1100-20 – Lorsque le disposant a recours à un groupement redistributeur, ce dernier est tenu de désigner le bénéficiaire final de la libéralité parmi les œuvres et personnes poursuivant des objectifs similaires au sien²⁶.

« Section 6

« De la révision des charges

« Article 1100-21 – Lorsque l'affectation souhaitée par le disposant est impossible dès l'origine, le juge interprète le testament pour lui faire produire effet.

« Dans le respect des dernières volontés du disposant, il peut substituer un second groupement au premier groupement incapable, inapte, inexistant ou renonçant, il peut imposer aux successeurs la réalisation de la charge, il peut encore modifier la charge pour la rendre possible²⁷.

« Article 1100-22 – Lorsque l'affectation est devenue impossible à la suite d'un changement de circonstances, les charges peuvent être révisées dans les conditions fixées aux articles 900-2 et suivants du Code civil.

« Section 7

« De la réduction des libéralités à caractère collectif

« Article 1100-23 – Par dérogation aux règles de l'article 922 du Code civil, il n'est pas tenu compte de la subrogation pour déterminer la valeur des biens dont il a été disposé par donation²⁸.

« Article 1100-24 – Pour l'évaluation de la valeur des biens donnés au sens de l'article 922, il est tenu compte de l'avantage fiscal auquel la donation a donné lieu²⁹.

« L'avantage fiscal est déterminé au jour de la donation³⁰.

« Lorsqu'il existe des charges et dettes, la valeur des biens donnés retenue correspond à la plus importante des deux sommes entre la valeur des biens diminués de l'avantage fiscal et la valeur des biens diminués des charges et dettes³¹.

²⁵L'affectation matérielle peut conduire à une affectation temporelle expresse ou tacite (V. *supra*, n^{os} 183. et s.).

²⁶La reconnaissance d'une fiducie-libéralité en présence d'un groupement redistributeur a pour conséquence de lui imposer une obligation d'élire le bénéficiaire final. Cette désignation n'est pas libre, mais doit être guidée par l'objet statutaire du groupement (V. *supra*, n^o 226.).

²⁷Cette disposition a pour simple objectif de consacrer les solutions jurisprudentielles (V. *supra*, n^o 385. et s. et n^o 423.) et répondre à certaines interrogations (V. *supra*, n^o 394.).

²⁸La subrogation est inconcevable alors même que le groupement est tenu en général, pour respecter l'affectation, d'aliéner les biens reçus (V. *supra*, n^o 365.).

²⁹L'avantage fiscal, en ce qu'il diminue l'appauvrissement économique, sinon juridique, du disposant doit être intégré dans les opérations de liquidation (V. *supra*, n^o 379.).

³⁰En principe, l'ensemble des valeurs est réévalué au jour du partage. S'agissant de l'avantage fiscal, une telle réévaluation donnerait lieu à des solutions complexes et peu opportunes (V. *supra*, n^o 380.).

³¹Dans cette hypothèse, il y a un conflit entre l'enrichissement réel du gratifié et l'appauvrissement réel du bienfaiteur. La valeur de la donation ne saurait être diminuée des deux montants (V. *supra*, n^o 380.).

« Article 1100-25 – Pour l’application du dernier alinéa de l’article 923, il peut être tenu compte du reçu fiscal émis par le bénéficiaire de la libéralité³².

« Article 1100-26 – Lorsque la libéralité à caractère collectif constitue une fiducie aux fins de libéralité entre vifs, il est tenu compte de la valeur des biens d’après leur état au jour de leur transmission au fiduciaire et selon leur valeur à l’ouverture de la succession³³.

« La fiducie aux fins de libéralités ainsi réalisée s’impute à la date de sa constitution³⁴.

« Article 1100-27 – Lorsque la libéralité est adressée à un organisme redistributeur, ce dernier est débiteur de l’indemnité de réduction³⁵.

« Section 8

« De l’inexécution des libéralités à caractère collectif

« Article 1100-28 – L’inexécution de la charge grevant la libéralité peut être sanctionnée par la révocation de la libéralité, l’exécution forcée et des dommages-intérêts.

« Article 1100-29 – La révocation de la libéralité prend effet au jour de l’inexécution. Les biens font retour au disposant ou à ses ayants-cause dans l’état dans lequel il se trouve à cette date³⁶.

« Article 1100-30 – En cas de révocation de la libéralité pour inexécution, le juge peut désigner un second groupement, acceptant de réaliser la charge, pour recueillir la libéralité.

« Cette substitution n’est possible que si elle n’est pas contraire aux volontés du disposant³⁷.

« Lorsque l’inexécution est constituée par la dissolution du groupement, les biens affectés à son fonctionnement font retour au disposant ou ses ayants-cause dans l’état dans lequel ils se trouvent à cette date³⁸. Les biens affectés à la réalisation de l’œuvre peuvent être transmis à un groupement poursuivant les mêmes buts si ses statuts le prévoient³⁹ ou sur décision du juge⁴⁰.

³²Le reçu fiscal permet de déterminer une date certaine et fiable pour les donations (V. *supra*, n° 373.).

³³La fiducie aux fins de libéralité à caractère collectif est définitive dès sa constitution de sorte que les plus ou moins values doivent profiter ou préjudicier aux seuls bénéficiaires (V. *supra*, n° 369.).

³⁴De la même manière, en ce qu’elle est irrévocable dès sa constitution, elle doit s’imputer à cette date (V. *supra*, n° 375.).

³⁵La reconnaissance d’une fiducie aux fins de libéralité en présence de tels organismes (V. *supra*, n° 225.) ne saurait conduire à les soustraire au jeu de la réduction (V. *supra*, n° 377.).

³⁶La rétroactivité de la révocation judiciaire n’est pas raisonnable en présence de charges à exécution successive (V. *supra*, n° 459.).

³⁷Sur le terrain de l’interprétation, une substitution vulgaire peut être découverte afin que la révocation profite à un second groupement (V. *supra*, n° 462.).

³⁸Les solutions retenues en matière de reprise d’apport (V. *supra*, n° 449.) doivent être étendues à toutes les libéralités à caractère collectif (V. *supra*, n° 462.).

³⁹En pratique, les statuts prévoient généralement que le boni de liquidation est transmis à un groupement poursuivant les mêmes buts (V. *supra*, n° 154.), ce qui constitue une espèce de substitution (V. *supra*, n° 462.).

⁴⁰Il s’agit alors d’une substitution judiciaire dans les conditions du premier alinéa.

« Article 1100-31 – Les actions en révocation de la libéralité et en exécution forcée peuvent être intentées par le représentant de l'État dans le département qui ne s'est pas opposé à la libéralité dans les conditions de l'article 1100-15⁴¹.

« Ces actions peuvent également être intentées par le tiers protecteur désigné à cet effet par le disposant⁴².

Article 2

« L'article 909, alinéa 2 du Code civil est ainsi rédigé :

« Les mandataires judiciaires à la protection des majeurs ne peuvent profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires que les personnes dont ils assurent la protection auraient faites en leur faveur quelle que soit la date de la libéralité⁴³.

Article 3

« Le dernier alinéa de l'article 923 du Code civil est ainsi rédigé :

« La preuve de la date de la donation est libre. En cas de doute sur celle-ci, la donation s'impute avant les legs⁴⁴.

Article 4

« L'article 900-2 du Code civil est ainsi complété :

« soit que l'exécution de la charge est devenue objectivement inutile⁴⁵.

« L'article 900-3, alinéa 1^{er} du Code civil est ainsi complété :

« L'action en révision est imprescriptible⁴⁶.

« L'article 900-8, alinéa 2 est ainsi rédigé :

« Une clause de la libéralité peut faire échec à l'action en révision⁴⁷.

« L'article 900-9 est ainsi rédigé :

« Le régime posé par les articles 900-2 et suivants du Code civil n'est pas d'ordre public. Le gratifié et les ayants-cause à titre universels du disposant, après son décès, peuvent s'entendre

⁴¹L'autorité de tutelle doit se voir reconnu cette compétence (V. *supra*, n° 460.).

⁴²En matière de fiducies-libéralités, le fiduciaire doit pouvoir désigner une tierce personne chargée de veiller au respect de ses disparitions (V. *supra*, n° 461.).

⁴³Ce texte doit être réécrit afin de le mettre en conformité avec le nouvel article 1110-12.

⁴⁴Il est enseigné que les donations non solennelles, faute de date certaine, prennent date après les donations notariées, juste avant les legs. La date de ces donations doit pouvoir être rapportée par tous moyens sans préjudicier aux tiers (V. *supra*, n° 372.).

⁴⁵De manière regrettable, la modification de la charge n'est pas possible lorsque l'affectation est devenue parfaitement inutile (V. *supra*, n° 412.).

⁴⁶La soumission de l'action en révision à la prescription de droit commun a pu être soutenue. Pourtant, rien ne l'impose (V. *supra*, n° 413.).

⁴⁷Rien n'impose que le régime de révision s'impose contre la volonté du disposant qu'il est censé respecter (V. *supra*, n° 414.).

pour modifier les charges à l'amiable. L'accord amiable n'est opposable qu'aux seuls ayants-cause y ayant consenti⁴⁸.

Article 5

« L'article L. 2222-13 du Code général de la propriété des personnes publiques est ainsi rédigé⁴⁹ :

« La révision des conditions et charges grevant les dons et legs est autorisée par l'autorité administrative compétente si l'auteur de la libéralité ou tous ses ayants droit connus acceptent les mesures envisagées par cette autorité. Ces mesures sont celles fixées par l'article 900-4 du code civil⁵⁰.

« L'accord ainsi autorisé est publié selon des conditions fixées par décret en Conseil d'État. À compter de cette publication, les ayants droit n'ayant pas participé à l'accord ont quatre mois pour s'y opposer, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État. À défaut d'opposition, l'accord leur est opposable ; l'action en révocation de la libéralité pour inexécution des charges est irrecevable⁵¹.

« À défaut d'accord entre l'État et l'auteur de la libéralité ou ses ayants droit connus, à défaut d'héritiers connus ou à défaut d'autorisation de l'autorité administrative, la révision est autorisée dans les conditions fixées aux articles 900-2 à 900-8 du code civil⁵².

« L'article L. 6145 du Code de la santé publique est ainsi rédigé :

« La révision des charges grevant une donation ou un legs fait à un établissement public de santé peut être réalisée dans les conditions prévues aux articles L. 2222-12 et suivants du Code général de la propriété des personnes publiques⁵³.

Article 6

« Les deux derniers alinéas de l'article L. 132-13 du Code des assurances sont ainsi rédigés :

« Par dérogation aux alinéas précédents, lorsque le bénéficiaire de ce contrat est une personne morale, le capital ou la rente payable ou les primes versées sont soumises aux règles de la réduction.

« Pour l'application du précédent alinéa, il est tenu compte de la plus faible des sommes⁵⁴.

Article 7

⁴⁸Par cette disposition, un terme serait mis aux débats autour de la question de la révision amiable des charges (V. *supra*, nos 426. et s.).

⁴⁹Visé l'hypothèse des libéralités adressées à l'État ou à ses établissements.

⁵⁰La procédure spéciale de révision des charges serait désormais ouverte dès que des ayants droit sont connus (V. *supra*, n° 421.). Aujourd'hui, en cas d'incertitude sur les successeurs, le recours à cette procédure est incertain (V. *supra*, n° 420.).

⁵¹Avec ce nouveau texte, la procédure administrative préalable apparaît, enfin, favorable (V. *supra*, n° 421.), préalable nécessaire à l'admission de la révision amiable des charges (V. *supra*, n° 431.).

⁵²La réécriture de cette disposition permet de combler une scorie textuelle du texte ancien qui ne prévoyait pas l'intervention du juge judiciaire en cas e refus de l'autorité administrative (V. *supra*, n° 420.) et d'ajouter l'hypothèse dans laquelle aucun héritier ne serait connu (V. *supra*, n° 421.).

⁵³Cette réécriture du texte permet un parfait alignement des régimes applicables.

⁵⁴Ce texte a pour objectif de réintégrer l'assurance-vie aux fins de capitalisation doit le droit des libéralités (V. *supra*, n° 128.).

Le Code civil est ainsi modifié⁵⁵ :

1° Le dernier alinéa de l'article 900-1 est abrogé.

2° L'article 910 est abrogé.

3° L'article 937 est abrogé.

Titre II – Dispositions particulières

Chapitre I^{er} – Des fondations reconnues d'utilité publique

Article 8

« L'article 18-2 de la loi n° 87-571 du 23 juillet 1987 est ainsi rédigé :

« Un legs peut être fait au profit d'une fondation qui n'existe pas au jour de l'ouverture de la succession sous la condition qu'elle obtienne, après les formalités de constitution, la reconnaissance d'utilité publique.

« La demande de reconnaissance d'utilité publique doit, à peine de nullité du legs, être déposée auprès de l'autorité administrative compétente dans l'année suivant l'ouverture de la succession.

« Par dérogation aux dispositions du deuxième alinéa de l'article 18, la personnalité morale de la fondation reconnue d'utilité publique rétroagit au jour de l'ouverture de la succession⁵⁶.

« À défaut de désignation par le testateur d'un ou plusieurs exécuteurs testamentaires chargés de constituer la fondation et d'en demander la reconnaissance d'utilité publique, il est procédé à ces formalités par une fondation reconnue d'utilité publique désignée par le représentant de l'État dans la région du lieu d'ouverture de la succession⁵⁷.

« Dans ce cas, le délai prévu au deuxième alinéa est suspendu jusqu'au jour de cette désignation⁵⁸.

« Pour l'accomplissement de ces formalités, les personnes mentionnées à l'alinéa précédent disposent sur les meubles et immeubles légués d'un pouvoir d'administration à moins que le testateur ne leur ait conféré des pouvoirs plus étendus⁵⁹.

Article 9

« L'article 18-4 de la loi n° 87-571 du 23 juillet 1987 est ainsi rédigé :

« Les conditions d'obtention de la reconnaissance d'utilité publique sont déterminées par un décret en Conseil d'État⁶⁰.

⁵⁵Le chapitre proposé contiendrait alors toutes les dispositions relatives aux libéralités à caractère collectif.

⁵⁶Les trois premiers alinéas sont inchangés par rapport au texte actuel.

⁵⁷Le terme d'exécuteur testamentaire remplace la référence à la saisine (V. *supra*, n° 97.).

⁵⁸Compte tenu du temps que peut prendre la désignation d'un exécuteur par l'autorité de tutelle, il est opportun de suspendre le délai à la réalisation de cette désignation (V. *supra*, n° 96.).

⁵⁹La référence à la saisine est abandonnée.

⁶⁰Les conditions de la reconnaissance d'utilité publique ne devraient pas dépendre du Conseil d'État dont le rôle est quasi-règlementaire en cette matière (V. *supra*, n° 309.).

Article 10

« L'article 20, alinéa 1^{er} de la loi n° 87-571 du 23 juillet 1987 est ainsi rédigé :

« Seules les fondations reconnues d'utilité publique et les fondations abritées peuvent faire usage, dans leur intitulé, leurs statuts, contrats, documents ou publicité, de l'appellation de fondation⁶¹.

Article 11

« La loi n° 87-571 du 23 juillet 1987 est ainsi modifiée :

1° Le premier alinéa de l'article 18 est abrogé⁶².

2° L'article 20-2 est abrogé⁶³.

Chapitre II – Des fondations d'entreprise

Article 12

« Le début de l'article 19-1 de la loi n° 87-571 du 23 juillet 1987 est ainsi rédigé :

« La fondation d'entreprise jouit de la capacité juridique à compter de la publication au Journal officiel de l'autorisation administrative qui lui confère ce statut⁶⁴.

« Cette autorisation est refusée lorsque l'œuvre prévue par les statuts n'est pas d'intérêt général ou que les statuts révèlent le but lucratif de la personne morale à créer⁶⁵.

Chapitre III – Des fondations abritées

Article 13

« L'article 27 de la loi n° 87-571 du 23 juillet 1987 est ainsi rédigé :

« Lorsque l'acte de fondation a pour but la création d'une fondation abritée, la fondation jouit de plein droit de la capacité juridique des fondations reconnues d'utilité publique à compter de son agrément par la fondation abritante⁶⁶.

⁶¹Ce texte, qui vise les fondations-personnes morales, est réécrit afin de supprimer de son champ la définition de l'acte de fondation dont le but est de créer une fondation abritée (V. *supra*, n° 104.).

⁶²La définition de la fondation intégrerait l'article 1110-1 du Code civil.

⁶³Ce texte prévoit actuellement qu'une association reconnue d'utilité publique, groupement de personnes, peut être transformée en fondation reconnue d'utilité publique, groupement de biens, sans que le sort de ses membres n'ait été envisagé (V. *supra*, n° 83.).

⁶⁴Cet alinéa est inchangé par rapport au texte actuel.

⁶⁵À l'heure actuelle, l'autorité de tutelle n'est pas appelée à vérifier que le groupement envisagé respecte bien les éléments de sa définition (V. *supra*, n° 310.).

⁶⁶La personnalité morale doit être reconnue aux fondations abritées (V. *supra*, n° 306.), qui sont des groupements de biens qui taisent leur nom (V. *supra*, nos 103. et s.). En droit positif, le régime de ces fondations est peu sûr en l'absence d'une telle reconnaissance (V. *supra*, n° 262.).

« En dehors de l'Institut de France, peuvent être fondations abritantes celles dont les statuts ont été approuvés à ce titre⁶⁷.

« Un legs peut être fait au profit d'une fondation abritée qui n'existe pas au jour de l'ouverture de la succession sous la condition qu'elle obtienne l'agrément de la fondation abritante. Dans ce cas, la personnalité morale de la fondation rétroagit au jour de l'ouverture de la succession⁶⁸.

« L'article 27-1 de la loi n° 87-571 du 23 juillet 1987 est ainsi rédigé :

« La fondation abritée est placée sous la tutelle de la fondation abritante. À ce titre, celle-ci autorise la fondation abritée à accepter les donations et legs qui lui sont adressés⁶⁹.

Chapitre III – Des fonds de dotation

Article 14

« L'article 140, II de la loi n° 2008-776 du 8 août 2008 est complété d'un second alinéa rédigé ainsi :

« Le représentant de l'État dans le département s'oppose à la constitution du fonds s'il constate que le fonds à créer est à but lucratif, qu'il n'a pas pour objet la réalisation d'une œuvre d'intérêt général ou que les statuts ne sont assortis d'aucun engagement de doter le fonds conformément au premier alinéa du III⁷⁰.

« L'article 140, III, alinéa 3 de la loi n° 2008-776 du 8 août 2008 est ainsi rédigé :

« La dotation initiale peut être apportée par une personne publique. En dehors de cette hypothèse, aucun fonds public, de quelque nature qu'il soit, ne peut être versé à un fonds de dotation. Il peut être dérogé à cette interdiction, à titre exceptionnel, pour une œuvre ou un programme d'actions déterminé, au regard de son importance ou de sa particularité. Les dérogations sont accordées par arrêté conjoint des ministres chargés de l'économie et du budget⁷¹.

« L'article 140, III, alinéa 8 de la loi n° 2008-776 du 8 août 2008 est ainsi rédigé :

« Toutefois, par dérogation aux dispositions du premier alinéa du I et de l'alinéa précédent, la dotation en capital peut être consommée lorsque le fonds de dotation est créé pour une durée déterminée⁷².

⁶⁷Ce texte se borne à reprendre l'état du droit positif en le consacrant expressément (V. *supra*, n° 100.).

⁶⁸Le but est de permettre la création de fondation abritée *post mortem* directement (V. *supra*, n° 94.).

⁶⁹Le rôle actuellement exercé par la fondation abritante doit être maintenu. Le mécanisme tutélaire permet de le consolider (V. *supra*, n° 307.).

⁷⁰À l'heure actuelle un fonds de dotation se constitue librement sans que l'autorité de tutelle ne puisse vérifier que le groupement envisagé répond bien à la définition légale du fonds de dotation, ni que les fondateurs s'engagent à verser la dotation prévue (V. *supra*, n° 310.).

⁷¹Il n'est pas évident qu'une personne publique puisse créer un fonds de dotation sous l'empire du droit positif. La loi interdit au fonds de dotation de recevoir des fonds publics ; elle impose désormais une dotation initiale (V. *supra*, n° 250.). Ce texte a pour but de mettre un terme à cette difficulté d'interprétation.

⁷²Le texte actuel renvoie aux statuts la possibilité de prévoir la consomptibilité de la dotation alors qu'elle devrait être attachée à la nature fonds temporaire ou pérenne (V. *supra*, n° 89.).

« L'article 140, IV de la loi n° 2008-776 du 8 août 2008 est ainsi rédigé :

« Un legs peut être fait au profit d'un fonds de dotation qui n'existe pas au jour de l'ouverture de la succession.

« Dans ce cas, la personnalité morale du fonds de dotation rétroagit au jour de l'ouverture de la succession.

« La déclaration en préfecture doit, à peine de nullité du legs, intervenir dans l'année suivant l'ouverture de celle-ci⁷³.

« À défaut de désignation par le testateur d'un ou plusieurs exécuteurs testamentaires chargés de constituer le fonds de dotation, il est procédé à cette constitution par une fondation reconnue d'utilité publique, un fonds de dotation ou une association reconnue d'utilité publique⁷⁴. Dans ce cas, le délai prévu au précédent alinéa est suspendu jusqu'au jour de cette désignation⁷⁵.

« Pour l'accomplissement de ces formalités, les personnes mentionnées à l'alinéa précédent disposent sur les meubles et immeubles légués d'un pouvoir d'administration à moins que le testateur ne leur ait conféré des pouvoirs plus étendus⁷⁶.

Chapitre IV – Des associations

Article 15

« L'article 6 de la loi du 1^{er} juillet 1906 est ainsi rédigé :

« Toute association régulièrement déclarée peut, sans aucune autorisation spéciale, ester en justice, acquérir à titre onéreux, posséder et administrer, en dehors des subventions de l'État, des régions, des départements, des communes et de leurs établissements publics⁷⁷ :

« 1° Les cotisations de ses membres ;

« 2° Le local destiné à l'administration de l'association et à la réunion de ses membres ;

« 3° Les immeubles strictement nécessaires à l'accomplissement du but qu'elle se propose.

« Toute association régulièrement déclarée peut, sans aucune autorisation spéciale, recevoir des apports mobiliers ou immobiliers affectés à son fonctionnement⁷⁸.

⁷³À l'heure actuelle, l'échéance du délai vise la publicité du fonds de dotation, événement entre les mains de l'administration (V. *supra*, n° 96.).

⁷⁴Le terme d'exécuteur testamentaire remplace la référence à la saisine (V. *supra*, n° 97.).

⁷⁵Compte tenu du temps que peut prendre la désignation d'un exécuteur par l'autorité de tutelle, il est opportun de suspendre le délai à la réalisation de cette désignation (V. *supra*, n° 96.).

⁷⁶La référence à la saisine est supprimée.

⁷⁷La réécriture de cet alinéa poursuit deux objectifs : supprimer la référence aux dons des établissements d'utilité publique qui n'en sont pas (V. *supra*, n° 153.) et soumettre les dons manuels à la procédure de non-opposition quand elle est ouverte (V. *supra*, n° 304.).

⁷⁸Avec cette disposition, l'apport aux associations ferait son entrée dans la loi du 1^{er} juillet 1901 (V. *supra*, n° 130.). L'affectation de l'apport serait mise en avant (V. *supra*, n° 174.). Affecté au fonctionnement du groupement, l'apport doit être exempté de la procédure de non-opposition des libéralités (V. *supra*, n° 302.).

« Toute association régulièrement déclarée peut, dans les conditions prévues à l'article 1100-14 du Code civil, recevoir des libéralités⁷⁹.

« Les associations déclarées depuis trois ans au moins et dont l'ensemble des activités est mentionné au b du 1 de l'article 200 du code général des impôts peuvent en outre posséder et administrer tous immeubles acquis à titre gratuit⁸⁰.

Article 16

« L'article 10-1, alinéa 1^{er} de la loi du 1^{er} juillet 1906 est ainsi complété :

« La reconnaissance d'utilité publique rétroagit au jour de la demande⁸¹.

Article 17

« L'article 10-1 de la loi du 1^{er} juillet 1906 est ainsi rédigé :

« Les conditions d'obtention de la reconnaissance d'utilité publique sont déterminées par un décret en Conseil d'État⁸².

Chapitre V – Des appels publics à la générosité

Article 18

« L'article 3, alinéa 1^{er} de la loi n° 91-772 du 7 août 1991 est ainsi rédigé :

« Les organismes qui, afin de soutenir une cause scientifique, sociale, familiale, humanitaire, philanthropique, éducative, sportive, culturelle ou concourant à la défense de l'environnement, souhaitent faire appel public à la générosité dans le cadre d'une campagne menée à l'échelon national soit sur la voie publique, soit par l'utilisation de moyens de communication, sont tenus d'en faire la déclaration préalable auprès de la préfecture du département de leur siège social⁸³.

« Cette déclaration précise les objectifs poursuivis par l'appel à la générosité publique.

« Les organismes effectuant plusieurs campagnes successives peuvent procéder à une déclaration annuelle.

« Les moyens mentionnés ci-dessus sont les supports de communication audiovisuelle, la presse écrite, les modes d'affichage auxquels s'appliquent les dispositions de l'article 2 de la

⁷⁹La pleine capacité de jouissance doit être reconnue à toutes les associations (V. *supra*, n° 301.) sous réserve des limitations de capacité d'exercice (V. *supra*, n° 304.).

⁸⁰Le statut d'association général conserverait alors un intérêt par rapport à celui d'association simplement déclarée.

⁸¹Ce texte vise à mettre un terme au débat sur la possibilité d'une association en cours de reconnaissance de recevoir un legs en l'état du droit positif (V. *supra*, n° 396.).

⁸²Les conditions de la reconnaissance d'utilité publique ne devraient pas dépendre du Conseil d'État dont le rôle est quasi-règlementaire en cette matière (V. *supra*, n° 309.).

⁸³Le nouveau critère tenant compte du montant des fonds précédemment récoltés par un appel du public à la générosité doit être abandonné au profit du critère initial de la campagne menée à l'échelon national (V. *supra*, n° 113.).

loi n° 79-1150 du 29 décembre 1979 relative à la publicité, aux enseignes et préenseignes ainsi que la voie postale et les procédés de télécommunications⁸⁴.

« Les présidents, administrateurs ou directeurs des groupements qui enfreindront les dispositions du présent article seront punis d'une amende de 3750 euros⁸⁵.

Article 19

« L'article 3-1 de la loi n° 91-772 du 7 août 1991 est ainsi rédigé :

« Le représentant de l'État dans le département peut s'opposer à l'appel à la générosité du public s'il lui apparaît que les objectifs poursuivis par l'appel ne respectent pas la spécialité de l'organisme ou si les comptes établis dans les conditions de l'article 4 démontrent que l'organisme n'est pas apte à utiliser les libéralités reçues conformément aux objectifs poursuivis⁸⁶.

« Il peut également s'opposer si l'organisme ne respecte pas les obligations prévues à l'article 4⁸⁷.

Article 20

« L'article 4, alinéa 2 de la loi n° 91-772 du 7 août 1991 est ainsi complété :

« Ce compte est également adressé à la préfecture du département de leur siège social⁸⁸.

⁸⁴Ces trois alinéas sont inchangés par rapport au texte actuel.

⁸⁵La méconnaissance de l'obligation de déclaration préalable serait enfin sanctionnée (V. *supra*, n° 113.).

⁸⁶À l'heure actuelle, l'autorité de tutelle ne peut pas s'opposer à un tel appel alors même qu'elle constaterait que l'appel contrevient à la spécialité du groupement ou qu'il utilise mal les fonds perçus (V. *supra*, n° 303.).

⁸⁷De la même manière aucune sanction n'est prévue en cas de violation de l'obligation d'établir un compte d'emploi annuel.

⁸⁸À l'heure actuelle, le compte d'emploi est simplement déposé au siège social (V. *supra*, n° 300.).

Annexe 2

Statuts-types – Association reconnue d'utilité publique

Mise à jour le 15 septembre 2009*

(Brochure « Associations, régime général », J.O. n° 1068)

I. But et composition de l'association

Article 1^{er}

L'association dite : < > fondée en < > a pour but de < >.

Sa durée est :

- fixée à < > (*préciser le nombre d'années prévu pour cette durée ou l'événement dont la réalisation doit entraîner la dissolution de l'association*).

OU illimitée.

Elle a son siège social à < > (*indiquer seulement le nom de la commune et du département sans la rue ni le numéro*).

Article 2

Les moyens d'action de l'association sont < > (*préciser : secours, gestion d'établissements, organisation de comités locaux, etc.*).

Article 3

L'association se compose de membres < > (*à titre d'exemples : membres titulaires, bienfaiteurs, adhérents, correspondants, etc. Des personnes morales légalement constituées ; notamment des associations déclarées conformément à l'article 5 de la loi du 1^{er} juillet 1901, peuvent être admises comme membres de l'association*).

Pour être membre, il faut être agréé par le conseil d'administration (*L'association peut en outre prévoir la présentation par deux ou plusieurs membres*).

La cotisation annuelle est de < > € pour les membres < >, de < > € pour les membres < >, etc. (*un taux spécial peut être prévu pour les personnes morales*).

Elle peut être rachetée en versant une somme fixée forfaitairement à < > €.

Les cotisations annuelles peuvent être relevées par décision de l'assemblée générale.

Le titre de membre < > (*préciser : honoraire, d'honneur*) peut être décerné par le conseil d'administration aux personnes qui rendent ou qui ont rendu des services signalés à l'association. Ce titre confère aux

*Source : <http://www.interieur.gouv.fr/A-votre-service/Mes-demarches/Associations/Formalites-administratives-d-une-association/Partenariat-d-une-association-avec-les-pouvoirs-publics/Association-reconnue-d-utilite-publique>.

personnes qui l'ont obtenu le droit de faire partie de l'assemblée générale sans être tenues de payer une cotisation.

Article 4

La qualité de membre de l'association se perd :

1°) par la démission ;

2°) par la radiation prononcée pour non-paiement de la cotisation ou pour motifs graves par le conseil d'administration, sauf recours à l'assemblée générale (*les statuts peuvent indiquer que la radiation est susceptible d'être prononcée également pour les mêmes motifs et dans les mêmes conditions par l'assemblée générale, sur le rapport du conseil d'administration*). Le membre intéressé est préalablement appelé à fournir ses explications.

II. Administration et fonctionnement

Article 5

L'association est administrée par un conseil dont le nombre des membres, fixé par délibération de l'assemblée générale, est compris entre < > membres au moins et < > membres au plus (*le chiffre de 24 paraît un maximum*). Les membres du conseil sont élus au scrutin secret, pour < > ans, par l'assemblée générale et choisis dans les catégories de membres dont se compose cette assemblée.

(Les agents salariés, membres de l'association, peuvent être élus au conseil d'administration ; leur nombre maximum, fixé par les statuts, ne doit pas dépasser le quart de l'effectif total du conseil. Dans le cas où le nombre de candidats, salariés de l'association, ayant obtenu les voix nécessaires pour être élus, dépasserait cette proportion, seuls sont proclamés élus, dans la limite statutairement définie, les candidats qui ont obtenu le plus de voix. Ils ne peuvent occuper les fonctions de président, vice-président, secrétaire général ou trésorier. Des membres de droit peuvent siéger au conseil lorsque des circonstances particulières le justifient ; ils doivent être en nombre limité).

En cas de vacance, le conseil pourvoit provisoirement au remplacement de ses membres. Il est procédé à leur remplacement définitif par la plus prochaine assemblée générale (*l'association peut également indiquer dans ses statuts que, lors de chaque renouvellement du conseil d'administration, l'assemblée générale désigne un certain nombre d'administrateurs suppléants destinés à remplacer les membres qui viendraient à quitter l'association avant l'expiration de leur mandat*).

Les pouvoirs des membres ainsi élus prennent fin à l'époque où devrait normalement expirer le mandat des membres remplacés.

Le renouvellement du conseil a lieu < > (*préciser : intégralement, par moitié, tiers, quart ou cinquième, suivant la durée du mandat*).

Les membres sortants sont rééligibles (*les statuts peuvent prévoir une limite au nombre de mandats consécutifs*).

Chaque administrateur ne peut détenir plus d'un pouvoir.

Le conseil choisit parmi ses membres, au scrutin secret, un bureau composé d'un président, d'un ou < > (*préciser le nombre, 3 au plus*) vice-présidents, d'un ou < > secrétaires, d'un trésorier et d'un trésorier-adjoint (*les effectifs du bureau ne doivent pas excéder le tiers de ceux du conseil*).

Le bureau est élu pour < > ans (*la durée du mandat ne saurait excéder la durée des fonctions du conseil*).

Article 6

Le conseil se réunit une fois au moins tous les six mois et chaque fois qu'il est convoqué par son président ou sur la demande du quart des membres de l'association.

La présence du tiers au moins des membres du conseil d'administration est nécessaire pour la validité des délibérations.

En cas de partage des voix, celle du président est prépondérante.

Il est tenu procès-verbal des séances.

Les procès-verbaux sont signés par le président et le secrétaire. Ils sont établis sans blancs, ni ratures, sur des feuillets numérotés et conservés au siège de l'association.

Article 7

Les membres du conseil d'administration ne peuvent recevoir aucune rétribution à raison des fonctions qui leur sont confiées.

Des remboursements de frais sont seuls possibles. Ils doivent faire l'objet d'une décision expresse du conseil d'administration, statuant hors de la présence des intéressés ; des justifications doivent être produites qui font l'objet de vérifications.

Les agents rétribués de l'association peuvent être appelés par le président à assister avec voix consultative, aux séances de l'assemblée générale et du conseil d'administration.

Article 8

L'assemblée générale de l'association comprend les membres < > (*indiquer : les catégories de membres dont se compose l'assemblée générale. Tous les membres doivent pouvoir y participer, d'une manière ou d'une autre, avec voix délibérative. Lorsqu'une association comprend des personnes morales régulièrement constituées, ses statuts doivent indiquer les conditions de leur représentation à l'assemblée générale. Le cas échéant, il faut prévoir le mode de représentation des comités locaux à l'assemblée générale*).

Elle se réunit < > (*l'assemblée doit se réunir au moins une fois par an*) et chaque fois qu'elle est convoquée par le conseil d'administration ou sur la demande du quart au moins des membres de l'association.

Son ordre du jour est réglé par le conseil d'administration.

Elle choisit son bureau qui peut être celui du conseil d'administration.

Elle entend les rapports sur la gestion du conseil d'administration, sur la situation financière et morale de l'association.

Elle approuve les comptes de l'exercice clos, vote le budget de l'exercice suivant, délibère sur les questions mises à l'ordre du jour et pourvoit, s'il y a lieu au renouvellement des membres du conseil d'administration (*le vote par correspondance peut être prévu en ce qui concerne élections*).

Il est tenu procès-verbal des séances.

Les procès-verbaux sont signés par le président et le secrétaire. Ils sont établis sans blancs, ni ratures, sur des feuillets numérotés et conservés au siège de l'association. sont établis sans blancs, ni ratures, sur des feuillets numérotés et conservés au siège de l'association.

Chaque membre présent ne peut détenir plus de < > pouvoirs en sus du sien (*il est recommandé de ne pas dépasser, selon l'effectif des membres de l'association, entre 5 et 10 pouvoirs par membre présent*).

En cas de partage des voix, celle du président est prépondérante.

Le rapport annuel et les comptes sont adressés chaque année à tous les membres de l'association.

Sauf application des dispositions de l'article précédent, les agents rétribués, non-membres de l'association, n'ont pas accès à l'assemblée générale.

Article 9

Le président représente l'association dans tous les actes de la vie civile. Il ordonnance les dépenses. Il peut donner délégation dans des conditions qui sont fixées par le règlement intérieur (*le règlement intérieur est facultatif*).

En cas de représentation en justice, le président ne peut être remplacé que par un mandataire agissant en vertu d'une procuration spéciale.

Les représentants de l'association doivent jouir du plein exercice de leurs droits civils.

Article 10

Les délibérations du conseil d'administration relatives aux acquisitions, échanges et aliénations d'immeubles nécessaires au but poursuivi par l'association, constitutions d'hypothèques sur lesdits immeubles, baux excédant neuf années, aliénations de biens rentrant dans la dotation et emprunts doivent être approuvées par l'assemblée générale.

Article 11

L'acceptation des dons et legs par délibération du conseil d'administration prend effet dans les conditions prévues par l'article 910 du Code civil.

Les délibérations de l'assemblée générale relatives aux aliénations de biens mobiliers et immobiliers dépendant de la dotation, à la constitution d'hypothèques et aux emprunts, ne sont valables qu'après approbation administrative.

Article 12

< > (*indiquer sommairement dans cet article les règles d'organisation et de fonctionnement des établissements de l'association ainsi que les pouvoirs conférés aux personnes chargées de leur direction. Lorsque l'association comprend des comités locaux ne constituant pas des personnes morales distinctes d'elle-*

même, ses statuts doivent indiquer également les règles d'organisation et de fonctionnement de ces comités et préciser quels sont leurs rapports avec le conseil d'administration de l'association. Ils doivent contenir, en outre, la disposition suivante : les comités locaux peuvent être créés par délibération du conseil d'administration approuvée par l'assemblée générale et notifiée au préfet dans le délai de huitaine).

III. Dotation, ressources annuelles

Article 13

La dotation comprend :

- 1°) une somme de < > (*mentionner ici les capitaux mobiliers faisant partie de la dotation au moment de la demande*) constituée en valeurs placées conformément aux prescriptions de l'article suivant ;
- 2°) les immeubles nécessaires au but recherché par l'association ainsi que des bois, forêts ou terrains à boiser ;
- 3°) les capitaux provenant des libéralités, à moins que l'emploi immédiat n'en ait été décidé ;
- 4°) les sommes versées pour le rachat des cotisations ;
- 5°) le dixième au moins, annuellement capitalisé, du revenu net des biens de l'association ;
- 6°) la partie des excédents de ressources qui n'est pas nécessaire au fonctionnement de l'association pour l'exercice suivant.

Article 14

Tous les capitaux mobiliers, y compris ceux de la dotation, sont placés en titres nominatifs, en titres pour lesquels est établi le bordereau de références nominatives prévu à l'article 55 de la loi n° 87-416 du 17 juin 1987 sur l'épargne ou en valeurs admises par la Banque de France en garantie d'avance.

Article 15

Les recettes annuelles de l'association se composent :

- 1°) du revenu de ses biens à l'exception de la fraction prévue au 5° de l'article 13 ;
- 2°) des cotisations et souscriptions de ses membres ;
- 3°) des subventions de l'État, des régions, des départements, des communes et des établissements publics ;
- 4°) du produit des libéralités dont l'emploi est décidé au cours de l'exercice ;
- 5°) des ressources créées à titre exceptionnel et, s'il y a lieu, avec l'agrément de l'autorité compétente (*quêtes, conférences, tombolas, loteries, concerts, bals et spectacles, etc., autorisés au profit de l'association*) ;
- 6°) du produit des ventes et des rétributions perçues pour service rendu.

Article 16

Il est tenu une comptabilité faisant apparaître annuellement un compte de résultat, un bilan et une annexe.

Chaque établissement de l'association doit tenir une comptabilité distincte qui forme un chapitre spécial de la comptabilité d'ensemble de l'association (*lorsque l'association possède ou se propose de créer des comités locaux, cette règle doit être étendue par une disposition des statuts*).

Il est justifié chaque année auprès du préfet du département, du ministre de l'intérieur et du ministre < > (*indiquer le(s) ministre(s) au département duquel (desquels) ressortit l'association*) de l'emploi des fonds provenant de toutes les subventions accordées au cours de l'exercice écoulé.

IV. Modification des statuts et dissolution

Article 17

Les statuts peuvent être modifiés par l'assemblée générale sur la proposition du conseil d'administration ou sur la proposition du dixième des membres dont se compose l'assemblée générale.

Dans l'un et l'autre cas, les propositions de modifications sont inscrites à l'ordre du jour de la prochaine assemblée générale, lequel doit être envoyé à tous les membres de l'assemblée au moins < > jours à l'avance.

L'assemblée doit se composer du quart au moins des membres en exercice. Si cette proportion n'est pas atteinte, l'assemblée est convoquée de nouveau, mais à quinze jours au moins d'intervalle, et cette fois, elle peut valablement délibérer, quel que soit le nombre des membres présents ou représentés.

Dans tous les cas, les statuts ne peuvent être modifiés qu'à la majorité des deux tiers des membres présents ou représentés.

Article 18

L'assemblée générale, appelée à se prononcer sur la dissolution de l'association et convoquée spécialement à cet effet, dans les conditions prévues à l'article précédent, doit comprendre, au moins, la moitié plus un des membres en exercice.

Si cette proportion n'est pas atteinte, l'assemblée est convoquée de nouveau, mais à quinze jours au moins d'intervalle, et cette fois, elle peut valablement délibérer, quel que soit le nombre des membres présents ou représentés.

Dans tous les cas, la dissolution ne peut être votée qu'à la majorité de deux tiers des membres présents ou représentés.

Article 19

En cas de dissolution, l'assemblée générale désigne un ou plusieurs commissaires, chargés de la liquidation des biens de l'association. Elle attribue l'actif net à un ou plusieurs établissements analogues, publics, ou reconnus d'utilité publique, ou à des établissements visés à l'article 6, alinéa 5, de la loi du 1^{er} juillet 1901 modifiée.

Article 20

Les délibérations de l'assemblée générale prévues aux articles 17, 18 et 19 sont adressés, sans délai, au ministre de l'intérieur et au ministre chargé de < > (*indiquer : le(s) ministre(s) au département duquel (desquels) ressortit l'association*).

Elles ne sont valables qu'après approbation du Gouvernement.

V. Surveillance et règlement intérieur

Article 21

Le < > (*préciser le membre du bureau chargé de la représentation de l'association en justice et dans les actes de la vie civile*) doit faire connaître dans les trois mois, à la préfecture du département ou à la sous-préfecture de l'arrondissement où l'association a son siège social, tous les changements survenus dans l'administration ou la direction de l'association (*pour les changements de personnes, mention doit être faite, par référence à l'article 5 de la loi du 1^{er} juillet 1901, tel que modifié par l'article 1er de la loi n° 81-909 du 9 octobre 1981, des noms, professions, domiciles et nationalités*).

Les registres de l'association et ses pièces de comptabilité sont présentés sans déplacement, sur toute réquisition du ministre de l'intérieur ou du préfet, à eux-mêmes ou à leur délégué ou à tout fonctionnaire accrédité par eux.

Le rapport annuel et les comptes - y compris ceux des comités locaux - sont adressés chaque année au préfet du département, au ministre de l'intérieur et au ministre chargé de < > (*indiquer le(s) ministre(s) au département duquel (desquels) ressortit l'association*).

Article 22

Le ministre de l'intérieur et le ministre chargé de < > (*indiquer le(s) ministre(s) au département duquel (desquels) ressortit l'association*) ont le droit de faire visiter par leurs délégués les établissements fondés par l'association et de se faire rendre compte de leur fonctionnement.

Article 23

Le règlement intérieur (le règlement intérieur qui, dans le strict respect des statuts, ne fait que compléter ceux-ci, ne saurait en rien être confondu avec le règlement intérieur prévu par le code du travail, est facultatif) préparé par le conseil d'administration et adopté par l'assemblée générale est adressé à la préfecture du département. Il ne peut entrer en vigueur ni être modifié qu'après approbation du ministre de l'intérieur.

Annexe 3

Statuts-types – Fondation reconnue d'utilité publique avec conseil d'administration

approuvé par le Conseil d'État dans son avis du 13 mars 2012*

I - But de la fondation

Article 1^{er}

L'établissement dit... fondé en.....a pour but de

Il a son siège dans le département de¹.....

Article 2

Les moyens d'action de la fondation sont :

II - Administration et fonctionnement

Article 3 (1A - avec un collège des membres de droit incluant l'État)

La fondation est administrée par un conseil d'administration de (X) membres², composé de (x) collèges³:

- un collège de (x) fondateurs⁴;
 - un collège de (x) membres de droit⁵;
 - un collège de (x) personnalités qualifiées ;
- Et/ou
- un collège de (x) salariés ;
- Et/ou
- un collège de (x) « amis » de la fondation.

*Source : <http://www.interieur.gouv.fr/A-votre-service/Mes-demarches/Associations/Associations-specifiques-et-fondations/Fondations/Fondation-reconnue-d-utilite-publique>.

¹Indiquer seulement le département

²L'effectif du conseil d'administration est de 9 à 15 membres.

³Le conseil d'administration comporte au moins les trois premiers collèges énumérés dans la liste. Toutefois, le ou les fondateurs peuvent légalement prévoir dans les statuts initiaux que le collège des fondateurs ne subsistera pas après leur disparition ou leur retrait. Dans ce cas, les statuts prévoient le sort des sièges ainsi libérés : réduction de l'effectif du conseil d'administration (sous réserve qu'il ne descende pas en dessous de 9 sièges), attribution des sièges au collège des personnalités qualifiées, attribution à un autre collège lorsque les statuts en ont prévu plus de trois.

⁴En application du principe d'indépendance des fondations vis-à-vis des fondateurs, l'effectif du collège des fondateurs doit être au plus égal à celui du collège des membres de droit et ne doit donc pas dépasser le tiers du total des sièges du conseil d'administration.

⁵Le collège des membres de droit représente l'intérêt général : il doit donc disposer d'au moins un tiers du total des sièges.

Le collège des fondateurs comprend, outre la (ou les) personne(s) physique(s) ou le (ou les) représentant(s) de la ou des personnes morales qui apportent la dotation, des membres nommés par elle(s) et renouvelé(s) par elle(s). En cas d'empêchement définitif de ces personnes, les nouveaux membres sont choisis par accord unanime des autres membres du collège. En cas de désaccord au sein de ce collège, ils sont cooptés par l'ensemble du conseil d'administration.

Le collège des membres de droit représente l'intérêt général. Il comprend le ministre de l'intérieur ou son représentant, (le cas échéant) le (les) ministre(s) chargé(s) de ..., ou son (leurs) représentant(s), (le cas échéant), (x) représentants de (collectivités territoriales), (le cas échéant), (x) représentants de⁶.

Le collège des personnalités qualifiées comprend des personnes choisies en raison de leur compétence dans le domaine d'activité de la fondation. Celles-ci sont cooptées par les autres membres du conseil d'administration. (Le cas échéant) Elles ne peuvent être membres ni de l'association des amis de la fondation ni de l'association qui a apporté la dotation⁷.

Le collège des salariés comprend des salariés de la fondation élus par l'ensemble du personnel.

Le collège des « amis » de la fondation comprend des personnes désignées par ...

(Le cas échéant) La qualité de membre du conseil d'administration de l'association fondatrice est incompatible avec la qualité de membre du conseil d'administration de la fondation, dans un autre collège que celui des fondateurs.

(Le cas échéant) La qualité de membre du conseil d'administration de l'association des amis est incompatible avec la qualité de membre du conseil d'administration de la fondation, dans un autre collège que celui des amis⁸.

(Le cas échéant) Le règlement intérieur précise les règles de désignation des membres des collèges autres que ceux des fondateurs, des membres de droit ou des personnalités qualifiées.

A l'exception des membres de droit (le cas échéant) et des personnes physiques ou morales ayant apporté la dotation, les membres du conseil d'administration sont nommés pour une durée de (x) années (le cas échéant) et renouvelés par ... tous les ... ans⁹. Leur mandat est renouvelable. (Le cas échéant) Lors du premier renouvellement, les noms des membres sortants sont désignés par la voie du sort¹⁰.

Le règlement intérieur précise les conditions dans lesquelles il est procédé au renouvellement des membres du conseil d'administration.

Les membres du conseil d'administration peuvent être révoqués pour juste motif par le conseil d'administration à la majorité des deux tiers des membres en exercice, dans le respect des droits de la

⁶Tels que membres de juridictions ou d'inspections générales, représentants d'autorités administratives indépendantes, autorités religieuses, membres de corps savants.

⁷Les personnalités qualifiées doivent, le cas échéant, démissionner de l'une ou l'autre de ces associations avant d'être cooptées par le conseil d'administration de la fondation. La règle proscrivant la double appartenance au conseil d'administration de la fondation et à l'association des amis s'applique lorsque cette dernière dispose d'une représentation au conseil d'administration : elle prévient les conflits d'intérêts et garantit que la représentation réelle de l'association au sein du conseil ne dépasse pas celle prévue par les statuts. La même règle s'applique à l'association fondatrice, lorsque celle-ci subsiste après la création de la fondation et dispose de sièges dans le collège des fondateurs.

⁸Ces règles ont le même objet que celles commentées à la note précédente et s'appliquent dans les mêmes hypothèses.

⁹Dans le cas d'un conseil d'administration qui se renouvelle par parties.

¹⁰Dans le cas d'un conseil d'administration qui se renouvelle par parties. Cette disposition ne joue que pour le ou les premiers renouvellements après l'adoption des statuts.

défense¹¹. Toutefois, ne peuvent être révoqués les membres de droit et les personnes physiques ou morales ayant apporté la dotation.

En cas de décès, de démission, d'empêchement définitif ou de révocation d'un membre du conseil d'administration, il sera pourvu à son remplacement à la plus prochaine séance du conseil d'administration de la fondation. Les fonctions de ce nouveau membre prennent fin à la date à laquelle aurait normalement expiré le mandat de celui qu'il remplace.

Les membres du conseil d'administration sont tenus d'assister personnellement aux séances du conseil d'administration. En cas d'empêchement, un membre peut donner son pouvoir dans les conditions définies par le règlement intérieur. Chaque membre ne peut toutefois détenir plus d'un seul pouvoir.

En cas d'absences répétées sans motif valable, les membres du conseil d'administration peuvent être déclarés démissionnaires d'office par celui-ci à la majorité des deux tiers des membres en exercice, dans le respect des droits de la défense. Toutefois, ne peuvent être déclarés démissionnaires d'office les membres de droit et les personnes physiques ou morales ayant apporté la dotation.

(Le cas échéant) Un conseil scientifique, composé de (x) membres désignés par le conseil d'administration assiste celui-ci selon des modalités définies par le règlement intérieur¹².

Article 3 (1B - avec un commissaire du Gouvernement)

La fondation est administrée par un conseil d'administration de (x) membres¹³, composé de (x) collèges¹⁴ :

- un collège de (x) fondateurs¹⁵ ;
 - un collège de (x) personnalités qualifiées ;
- Et/ou
- un collège de (x) partenaires institutionnels¹⁶ ;

Et/ou

- un collège de (x) salariés ;

Et/ou

- un collège de (x) « amis » de la fondation ;

Le collège des fondateurs comprend, outre la ou les personnes physiques ou le ou les représentants de la ou des personnes morales qui apportent la dotation, des membres nommés par elle (s) et renouvelés par elle (s). En cas

¹¹Ils doivent avoir été informés par écrit du motif de la mesure et avoir été invités à présenter leurs observations devant le conseil d'administration, dans un délai leur permettant de préparer leur défense et être autorisés à se faire assister d'un conseil.

¹²Disposition recommandée dans les fondations ayant un objet de recherche.

¹³L'effectif du conseil d'administration est de 9 à 15 membres.

¹⁴Le conseil d'administration comporte au moins trois collèges dont les deux premiers de la liste. Toutefois, le ou les fondateurs peuvent légalement prévoir dans les statuts initiaux que le collège des fondateurs ne subsistera pas après leur disparition ou leur retrait. Dans ce cas, les statuts prévoient le sort des sièges ainsi libérés : réduction de l'effectif du conseil d'administration (sous réserve qu'il ne descende pas en dessous de 9 sièges), attribution des sièges au collège des personnalités qualifiées, attribution à un autre collège lorsque les statuts en ont prévu plus de trois.

¹⁵En application du principe d'indépendance des fondations vis-à-vis des fondateurs, l'effectif du collège des fondateurs ne doit pas dépasser le tiers du total des sièges du conseil d'administration.

¹⁶Les partenaires institutionnels sont ceux qui concourent à l'accomplissement de l'objet social de la fondation. Il peut s'agir de personnes morales de droit privé (fondations, associations reconnues d'utilité publique, associations visées au dernier alinéa de l'article 6 de la loi du 1^{er} juillet 1901, notamment, sans en exclure les sociétés...) ou de droit public (collectivités territoriales,...).

d'empêchement définitif de ces personnes, les nouveaux membres sont choisis par accord unanime des autres membres du collège. En cas de désaccord au sein de ce collège, ils sont cooptés par l'ensemble du conseil d'administration.

Le collège des personnalités qualifiées comprend des personnes choisies en raison de leur compétence dans le domaine d'activité de la fondation. Celles-ci sont cooptées par les autres membres du conseil d'administration. (Le cas échéant) Elles ne peuvent être membres ni de l'association des amis de la fondation ni de l'association qui a apporté la dotation¹⁷.

Le collège des partenaires institutionnels comprend des personnes désignées par chaque partenaire.

Le collège des salariés comprend des salariés de la fondation élus par l'ensemble du personnel.

Le collège des « amis » de la fondation comprend des personnes désignées par

(Le cas échéant) La qualité de membre du conseil d'administration de l'association fondatrice est incompatible avec la qualité de membre du conseil d'administration de la fondation, dans un autre collège que celui des fondateurs.

(Le cas échéant) La qualité de membre du conseil d'administration de l'association des amis est incompatible avec la qualité de membre du conseil d'administration de la fondation, dans un autre collège que celui des amis¹⁸.

Le règlement intérieur précise les règles de désignation des membres des collèges autres que ceux des fondateurs et des personnalités qualifiées.

A l'exception des personnes physiques ou morales ayant apporté la dotation et des partenaires institutionnels, les membres du conseil d'administration sont nommés pour une durée de (x) années (le cas échéant) et renouvelés par ...tous les...ans¹⁹. Leur mandat est renouvelable. (Le cas échéant) Lors du premier renouvellement, les noms des membres sortants sont désignés par la voie du sort²⁰.

Le règlement intérieur précise les conditions dans lesquelles il est procédé au renouvellement des membres du conseil d'administration.

Les membres du conseil d'administration peuvent être révoqués pour juste motif par le conseil d'administration à la majorité des deux tiers des membres en exercice, dans le respect des droits de la défense²¹. Toutefois, ne peuvent être révoquées les personnes physiques ou morales ayant apporté la dotation.

¹⁷Les personnalités qualifiées doivent, le cas échéant, démissionner de l'une ou l'autre de ces associations avant d'être cooptées par le conseil d'administration de la fondation. La règle proscrivant la double appartenance au conseil d'administration de la fondation et à l'association des amis s'applique lorsque cette dernière dispose d'une représentation au conseil d'administration : elle prévient les conflits d'intérêts et garantit que la représentation réelle de l'association au sein du conseil ne dépasse pas celle prévue par les statuts. La même règle s'applique à l'association fondatrice, lorsque celle-ci subsiste après la création de la fondation et dispose de sièges dans le collège des fondateurs.

¹⁸Ces règles ont le même objet que celles commentées à la note précédente et s'appliquent dans les mêmes hypothèses.

¹⁹Dans le cas d'un conseil d'administration qui se renouvelle par parties.

²⁰Dans le cas d'un conseil d'administration qui se renouvelle par parties. Cette disposition ne joue que pour le ou les premiers renouvellements après l'adoption des statuts.

²¹Ils doivent avoir été informés par écrit du motif de la mesure et avoir été invités à présenter leurs observations devant le conseil d'administration, dans un délai leur permettant de préparer leur défense et être autorisés à se faire assister d'un conseil.

En cas de décès, de démission, d'empêchement définitif ou de révocation d'un membre du conseil d'administration, il sera pourvu à son remplacement à la plus prochaine séance du conseil d'administration. Les fonctions de ce nouveau membre prennent fin à la date à laquelle aurait normalement expiré le mandat de celui qu'il remplace.

Les membres du conseil d'administration sont tenus d'assister personnellement aux séances du conseil d'administration. En cas d'empêchement, un membre peut donner son pouvoir dans les conditions définies par le règlement intérieur. Chaque membre ne peut toutefois détenir plus d'un seul pouvoir.

En cas d'absences répétées sans motif valable, les membres du conseil d'administration peuvent être déclarés démissionnaires d'office par celui-ci à la majorité des deux tiers des membres en exercice, dans le respect des droits de la défense. Toutefois, ne peuvent être déclarées démissionnaires d'office les personnes physiques ou morales ayant apporté la dotation.

Un commissaire du Gouvernement, désigné par le ministre de l'intérieur après avis du ou des autres ministres chargés de..., assiste aux séances du conseil d'administration avec voix consultative. Il veille au respect des statuts et du caractère d'utilité publique de l'activité de la fondation.

(Le cas échéant) Un conseil scientifique, composé de ... membres désignés par le conseil d'administration assiste celui-ci selon des modalités définies par le règlement intérieur²².

Article 4

Le conseil d'administration élit parmi ses membres un bureau comprenant trois membres au moins²³, dont un président et un trésorier.

(Le cas échéant) Les membres du collège des salariés ne peuvent être élus membres du bureau²⁴.

Le bureau est élu pour une durée de ... années.

Les membres du bureau peuvent être révoqués, collectivement ou individuellement, pour juste motif par le conseil d'administration, dans le respect des droits de la défense.

Le bureau se réunit au moins quatre fois par an sur convocation de son président.

Article 5

Le conseil d'administration se réunit au moins une fois tous les six mois. Il se réunit à la demande du président, du quart de ses membres (le cas échéant) ou du commissaire du Gouvernement.

Il délibère sur les questions mises à l'ordre du jour par son président et sur celles dont l'inscription est demandée par le quart au moins de ses membres (le cas échéant) ou par le commissaire du Gouvernement.

La présence de la majorité des membres en exercice du conseil d'administration est nécessaire pour la validité des délibérations. Pour le calcul du quorum, les pouvoirs ne comptent pas. Si le quorum n'est pas

²²Disposition recommandée dans les fondations ayant un objet de recherche.

²³L'effectif du bureau ne doit pas cependant dépasser le tiers de celui du conseil.

²⁴Règle également applicable aux associations reconnues d'utilité publique.

atteint, il est procédé à une nouvelle convocation dans les conditions qui sont précisées par le règlement intérieur. Le conseil d'administration peut alors valablement délibérer si le tiers au moins des membres en exercice est présent.

(Le cas échéant) Sont réputés présents au sens du précédent alinéa, dans les conditions fixées par le règlement intérieur, les administrateurs qui participent par des moyens de visioconférence ou de télécommunication permettant leur identification, selon les conditions prévues aux articles L. 225-37 troisième alinéa, R. 225-61, R. 225-97 et R. 225-98 du code de commerce²⁵.

Sous réserve des dispositions des articles 3, 13 et 14, les délibérations du conseil d'administration sont prises à la majorité des suffrages exprimés. En cas de partage égal des voix, celle du président est prépondérante.

(Le cas échéant) Lorsqu'une délibération lui paraît contraire aux statuts, au règlement intérieur ou aux dispositions législatives ou réglementaires en vigueur, le commissaire du Gouvernement peut demander une nouvelle délibération. Dans ce cas, le conseil d'administration se prononce à la majorité des membres en exercice, présents ou représentés.

Il est tenu procès-verbal des séances, lequel est signé par deux membres du bureau dont le président.

Les agents rétribués par la fondation ou toute autre personne dont l'avis est utile peuvent être appelés par le président à assister, avec voix consultative, aux séances du conseil d'administration.

Les administrateurs, ainsi que toute personne appelée à assister aux réunions du conseil d'administration sont tenus à la discrétion à l'égard des informations présentant un caractère confidentiel et données comme telles par le président du conseil d'administration. Cette obligation s'applique également aux membres des comités créés par le conseil d'administration (le cas échéant) et aux membres du conseil scientifique.

Article 6

Les fonctions de membre du conseil d'administration, du bureau (le cas échéant) et de commissaire du Gouvernement sont gratuites.

Des remboursements de frais sont seuls possibles sur justificatifs, dans les conditions fixées par le conseil d'administration et selon les modalités définies par le règlement intérieur.

III - Attributions

Article 7

Le conseil d'administration règle, par ses délibérations, les affaires de la fondation.

Notamment :

1° Il arrête le programme d'action de la fondation ;

²⁵Toutefois, cette disposition ne saurait avoir pour effet de permettre les réunions du conseil d'administration uniquement par ces moyens.

- 2° Il adopte le rapport qui lui est présenté annuellement par le bureau sur la situation morale et financière de l'établissement ;
- 3° Il vote, sur proposition du bureau, le budget et ses modifications ainsi que les prévisions en matière de personnel ;
- 4° Il reçoit, discute et approuve les comptes de l'exercice clos qui lui sont présentés par le trésorier avec pièces justificatives à l'appui ;
- 5° Il adopte, sur proposition du bureau, le règlement intérieur ;
- 6° Il accepte les donations et les legs et en affecte le produit et autorise, en dehors de la gestion courante, les acquisitions et cessions de biens mobiliers et immobiliers, les marchés, les baux et les contrats de location, la constitution d'hypothèques et les emprunts ainsi que les cautions et garanties accordées au nom de la fondation ;
- 7° Il désigne un ou plusieurs commissaires aux comptes choisis sur la liste mentionnée à l'article L. 822-1 du code de commerce ;
- 8° Il fixe les conditions de recrutement et de rémunération du personnel ;
- 9° Il est tenu informé par le président de tout projet de convention engageant la fondation et délibère sur les conventions entrant dans le champ de l'article L. 612-5 du code de commerce ; dans ce cas, il se prononce hors la présence de la personne intéressée.

Le conseil d'administration peut créer un ou plusieurs comités chargés de l'assister dans toutes les actions menées par la fondation. Leurs attributions, leur organisation et leurs règles de fonctionnement sont fixées par le règlement intérieur.

Il peut accorder au président, dans des conditions qu'il détermine et à charge pour le président de lui en rendre compte à chaque réunion du conseil d'administration, une délégation permanente propre à assurer le bon fonctionnement et la continuité de la fondation. Cette délégation ne peut porter que sur certaines des actions visées au 1°, les modifications au budget revêtant un caractère d'urgence et, en dessous d'un seuil que le conseil d'administration détermine, la conclusion des marchés, baux et contrats de location et l'acceptation des cautions et garanties accordées au nom de la fondation.

Il peut accorder au bureau, en deçà d'un montant qu'il détermine, une délégation permanente pour les cessions et acquisitions de biens mobiliers et immobiliers ainsi que pour l'acceptation et l'affectation des donations et des legs, à charge pour ce dernier de lui en rendre compte à chaque réunion du conseil d'administration.

Le bureau instruit toutes les affaires soumises au conseil d'administration et pourvoit à l'exécution de ses délibérations.

Article 8

Le président représente la fondation dans tous les actes de la vie civile. Il ordonnance les dépenses. Il peut donner délégation dans les conditions définies par le règlement intérieur.

Le président ne peut être représenté en justice tant en demande qu'en défense que par un mandataire agissant en vertu d'une procuration spéciale. Toutefois, le président peut consentir au directeur une procuration générale pour représenter la fondation dans les litiges qui touchent à la gestion courante dans des conditions définies par le règlement intérieur.

Après avis du conseil d'administration, le président nomme le directeur de la fondation. Il met fin à ses fonctions dans les mêmes conditions. Aucun administrateur ne peut exercer des fonctions de direction.

Le directeur de la fondation dirige les services de la fondation et en assure le fonctionnement. Il dispose des pouvoirs nécessaires à l'exercice de sa mission, par délégation du président. Il assiste de plein droit, avec voix consultative, aux réunions du conseil d'administration et du bureau.

Le trésorier encaisse les recettes et acquitte les dépenses.

Les représentants de la fondation doivent jouir du plein exercice de leurs droits civils.

Article 9

A l'exception des opérations de gestion courante des fonds composant la dotation, les délibérations du conseil d'administration relatives aux aliénations de biens mobiliers et immobiliers composant la dotation ne sont valables qu'après approbation administrative²⁶. Il en va de même pour les délibérations portant sur la constitution d'hypothèques ou sur les emprunts²⁷.

L'acceptation des donations et legs par délibération du conseil d'administration prend effet dans les conditions prévues par l'article 910 du code civil.

IV - Dotation et ressources

Article 10

La dotation comprend ..., le tout formant l'objet de fait par en vue de la reconnaissance de ... comme établissement d'utilité publique²⁸. Ce (ou ces) bien(s) est (sont) irrévocablement affecté(s) à la dotation.

(Le cas échéant) Elle est constituée par x versements d'un montant de ...euros chacun qui seront effectués par les fondateurs selon le calendrier suivant :

(Le cas échéant) Les œuvres d'art entrant dans la dotation de la fondation font l'objet d'un inventaire indiquant l'affectation de chaque œuvre. Cet inventaire est régulièrement mis à jour.

La dotation est accrue du produit des libéralités acceptées sans affectation spéciale ou dont le donateur ou le testateur ne prescrit pas l'affectation et dont la capitalisation aura été décidée par le conseil d'administration. Elle est également accrue d'une fraction de l'excédent des ressources annuelles nécessaire au maintien de sa valeur. Elle peut être accrue en valeur absolue par décision du conseil d'administration.

²⁶L'administration s'assure du respect de la condition d'affectation irrévocable des biens constituant la dotation à l'objet de la fondation.

²⁷L'administration vérifie l'impact, sur la partie financière de la dotation, des engagements ainsi pris par le conseil d'administration et la compatibilité de ces engagements avec la nécessaire pérennité de la fondation.

²⁸Les revenus de la dotation doivent permettre d'assurer le financement de l'objet social de la fondation. Ce financement peut être présumé suffisant lorsque la dotation atteint au moins un montant d'un million et demi d'euros, sous réserve de vérification au regard de cet objet et au vu d'un projet de budget portant sur les trois premières années de son fonctionnement.

Article 11

Les actifs éligibles aux placements des fonds composant la dotation sont ceux qu'énumère l'article R. 931-10-21 du code de la sécurité sociale.

Article 12

Les ressources annuelles de la fondation se composent :

- 1° Du revenu de la dotation ;
- 2° Des subventions qui peuvent lui être accordées ;
- 3° Du produit des libéralités dont l'emploi est décidé ;
- 4° Du produit des ressources créées à titre exceptionnel et, s'il y a lieu, avec l'agrément de l'autorité compétente ;
- 5° Du produit des ventes et des rétributions perçues pour service rendu ;
(Le cas échéant)
- 6° (à compléter selon les caractéristiques de la fondation)

La fondation établit dans les six mois qui suivent la fin de chaque exercice social, fixée au ... de chaque année, des comptes annuels certifiés par un commissaire aux comptes conformément au règlement n° 2009-01 du 3 décembre 2009 du comité de la réglementation comptable relatif aux règles applicables aux fondations et fonds de dotation, homologué par l'arrêté interministériel du 29 décembre 2009.

V - Modification des statuts et dissolution

Article 13

Les présents statuts ne pourront être modifiés qu'après deux délibérations du conseil d'administration, réunissant les deux tiers des membres en exercice, prises à deux mois au moins et six mois au plus d'intervalle et à la majorité des trois quarts des membres en exercice présents ou représentés.

Toutefois, une seule délibération suffit lorsque la modification a été décidée à l'unanimité des membres en exercice.

Article 14

La fondation est dissoute sur décision du conseil d'administration, prise selon les modalités prévues à l'article 13, ou en cas de retrait de la reconnaissance d'utilité publique.

(Le cas échéant) Elle est également dissoute si les versements prévus à l'article 10 ne sont pas effectués conformément au calendrier fixé.

Le conseil d'administration désigne alors un ou plusieurs commissaires qu'il charge de procéder à la liquidation des biens de la fondation et auxquels il confère tous les pouvoirs nécessaires pour mener à bien cette mission. Le conseil d'administration attribue l'actif net à un ou plusieurs établissements poursuivant une finalité analogue, publics, reconnus d'utilité publique ou visés au dernier alinéa de l'article 6 de la loi du 1^{er} juillet 1901, ou à une collectivité territoriale dans les compétences de laquelle entre l'objet de la fondation.

Ces délibérations sont adressées sans délai au ministre de l'intérieur et au ministre de ...(le cas échéant) ainsi qu'au commissaire du Gouvernement.

Dans le cas où le conseil d'administration n'aurait pas pris les mesures indiquées, un décret en Conseil d'Etat interviendrait pour y pourvoir. Les détenteurs de fonds, titres et archives appartenant à la fondation s'en dessaisiront valablement entre les mains du commissaire désigné par ledit décret.

Article 15

Les délibérations du conseil d'administration mentionnées aux articles 13 et 14 ne sont valables qu'après approbation du Gouvernement.

VI - Contrôle et règlement intérieur

Article 16

Le rapport annuel, le budget prévisionnel et les documents comptables mentionnés à l'article 12 sont adressés chaque année au préfet du département, au ministre de l'intérieur et au ministre de

La fondation fait droit à toute demande faite par le ministre de l'intérieur ou le ministre de, de visiter ses divers services afin de se faire rendre compte de leur fonctionnement. (Le cas échéant) Ils pourront notamment désigner à cet effet le commissaire du Gouvernement.

Article 17

Un règlement intérieur, qui précise les modalités d'application des présents statuts, est élaboré conformément à l'article 7. Il ne peut entrer en vigueur qu'après approbation du ministre de l'intérieur. Il est modifié dans les mêmes conditions.

Annexe 4

Statuts de la Fondation de France

Approuvés par le conseil d'administration*

I. But de la Fondation de France

ARTICLE 1^{er}

L'établissement dit "Fondation de France" a pour but de recevoir toutes libéralités, sous forme notamment de dons et legs ou de versements manuels, d'en assurer la gestion et de redistribuer ces libéralités, ou leurs fruits et produits disponibles, au profit de personnes, œuvres ou organismes d'intérêt général, ayant un caractère philanthropique, éducatif, scientifique, social, humanitaire, culturel ou concourant à la mise en valeur du patrimoine artistique, à la défense de l'environnement ou à la diffusion de la culture française, en se conformant, pour ce faire, aux intentions, charges et conditions éventuellement stipulées par les donateurs.

Il a vocation, dans les conditions prévues aux présents statuts, à recevoir des versements pour le compte d'œuvres ou d'organismes mentionnés aux articles 200 et 238 bis du code général des impôts, qui s'assignent un but analogue aux siens. Il a son siège à Paris.

ARTICLE 2

La Fondation met en œuvre tous les moyens licites, eu égard notamment aux prescriptions du Code civil et de la législation fiscale en matière de libéralités, qui paraîtront le plus conformes à son caractère d'établissement d'utilité publique et le plus appropriés à la réalisation de son objet désintéressé.

Toutefois, elle s'interdit :

- dans la collecte de ses ressources, d'accepter, sauf de ses fondateurs, toute libéralité qui, en raison de sa nature ou de celle des charges et conditions l'assortissant, pourrait aussi bien être faite directement au profit du bénéficiaire final, sans que son intervention soit nécessaire pour assurer, par exemple, la gestion de la libéralité ou les répartitions correspondantes ;
- dans la gestion de ses biens, toute opération de caractère purement spéculatif ainsi que toute exploitation directe de toute entreprise ou établissement de caractère industriel ou commercial, et que toute participation non minoritaire au capital d'une même société, sauf si l'objet même de la société concernée permet la réalisation d'activités relevant des buts énoncés à l'article 1 des présents statuts,
- dans l'utilisation de ses fonds libres d'affectation, et sauf en matière d'études et recherches nécessaires à l'accomplissement de sa mission, toute opération directe, c'est-à-dire toute action par une voie autre que celle du concours à des personnes ou organismes tiers sous la forme de subsides divers : bourses, prix, allocations, subventions, etc.

Elle s'oblige :

- à se conformer, dans les limites prévues par la législation en vigueur, aux charges et conditions dont les auteurs de libéralités auront, avec l'accord de la Fondation et, s'il y a lieu, l'autorisation des autorités administratives, assorti ces libéralités, notamment quant à leur disposition, à leur gestion, à leur affectation, y compris les charges accessoires au profit de particuliers, la constitution au nom des donateurs de fonds ou fondations, la participation éventuelle de leurs représentants à la gestion ou à la distribution... ; étant entendu qu'en l'absence de stipulation expressément contraire, les libéralités consenties à la Fondation seront réputées faites aux clauses et conditions générales prévues par le règlement intérieur,
- à assurer l'équilibre du budget de fonctionnement administratif de ses services à l'aide de ses ressources propres, des concours que ses fondateurs pourraient lui apporter à cet effet, et de la participation aux frais généraux de la Fondation dont les donateurs auront admis l'imputation sur leurs libéralités.

Afin de remplir sa mission définie au deuxième alinéa de l'article 1^{er}, la Fondation de France ouvre des comptes individualisés destinés à recevoir les versements pour le compte des organismes concernés.

La Fondation pourra passer toute convention nécessaire à l'accomplissement de sa mission, en particulier pour la gestion de ses biens et le placement de ses fonds, ainsi que pour l'organisation et le fonctionnement de ses services.

*Source : http://www.fondationdefrance.org/sites/default/files/atoms/files/statuts_mai_2015_.pdf.

II. Organisation et fonctionnement

ARTICLE 3

La Fondation est administrée par un Conseil assisté d'un comité juridique, d'un comité financier, d'un comité des comptes d'associations et de comités techniques.

ARTICLE 4

Le Conseil d'Administration est composé ainsi qu'il suit :

A) Sept représentants des établissements fondateurs dont le Directeur général de la Caisse des dépôts et consignations auxquels s'ajoutent quatre représentants, au plus, d'établissements admis à la qualité de membres fondateurs au sens du paragraphe 2 de l'article 17 - titre III des statuts.

B) Huit personnes désignées par le Premier ministre, et par les ministres respectivement chargés des affaires culturelles, des affaires sociales, de l'éducation nationale et de la jeunesse et des sports, de l'environnement, de la recherche scientifique, de l'intérieur et des finances.

C) Douze personnalités, au plus, cooptées par le Conseil d'administration votant au scrutin secret et à la majorité.

La Fondation de France est en outre assistée d'au moins un commissaire aux comptes et d'un suppléant désignés dans les conditions prévues à l'article 5 II de la loi du 23 juillet 1987 modifiée sur le développement du mécénat. Les représentants des fondateurs et ceux des établissements admis à cette qualité sont désignés et renouvelés par eux dans les conditions fixées par le règlement intérieur.

Les membres de la catégorie C du Conseil sont nommés pour une période de quatre ans renouvelable une fois.

En cas de cessation de fonction d'un membre du Conseil, notamment par décès, démission ou perte des qualités au titre desquelles il aurait été nommé, il est pourvu à son remplacement dans les trois mois.

La durée des fonctions du nouveau membre prend fin à l'époque où aurait normalement expiré le mandat de celui qu'il remplace.

Les membres du Conseil sont tenus d'assister personnellement à ces séances ou de se faire représenter par un autre membre dûment mandaté à cet effet, sans que ce dernier puisse disposer de plus de deux pouvoirs en sus du sien.

En cas d'absences personnelles répétées, l'intéressé pourra être déclaré démissionnaire d'office dans les conditions fixées par le règlement intérieur.

ARTICLE 5

Le Conseil d'administration élit parmi ses membres un bureau composé du président, de deux vice-présidents, d'un trésorier, d'un trésorier-adjoint, d'un secrétaire et d'un secrétaire adjoint.

Le président est choisi parmi les membres des catégories A ou C.

Le Bureau est élu pour un an. Ses membres sont rééligibles dans les conditions fixées par le règlement intérieur.

ARTICLE 6

Le Conseil d'administration se réunit au moins une fois tous les six mois et chaque fois qu'il est convoqué par son président, agissant de sa propre initiative ou à la demande du quart des membres.

Le Conseil ne peut valablement délibérer que si la majorité des membres en exercice est présente ou représentée dans les conditions prévues par l'article 4 ci-dessus. Si le quorum n'est pas atteint, il est procédé à une nouvelle convocation dans les conditions précisées par le règlement intérieur. Le Conseil peut alors valablement délibérer si le tiers au moins de ses membres est présent ou représenté dans les conditions sus-rappelées. En cas de partage, la voix du président est prépondérante.

Il est tenu un procès-verbal des séances, lequel est signé du président et d'un administrateur.

ARTICLE 7

Le Conseil d'administration règle les affaires de la Fondation et délibère des questions mises à l'ordre du jour.

Il définit les grandes lignes de l'action de la Fondation et arrête ses programmes d'activité.

Il arrête le rapport que la Fondation doit publier chaque année conformément aux dispositions de l'article 23.

Il vote le budget de l'exercice suivant.

Il reçoit, discute et approuve s'il y a lieu, les comptes de l'exercice clos qui lui sont présentés par le trésorier avec pièces justificatives à l'appui.

Sous réserve de l'approbation administrative éventuellement requise, il accepte, s'il y a lieu, les libéralités qui sont faites à la Fondation sans charge ni condition ; il accepte ou refuse, par délibération motivée, les libéralités qui sont grevées d'une charge ou condition.

Il décide de la distribution des subsides de la Fondation aux œuvres ou organismes d'intérêt général ayant un caractère philanthropique, éducatif, scientifique, social, humanitaire, culturel ou concourant à la mise en valeur du patrimoine artistique, à la défense de l'environnement ou à la diffusion de la culture française, compte tenu, le cas échéant, des charges et conditions stipulées par les donateurs. Il décide, s'il y a lieu, l'ouverture de comptes pour les œuvres et organismes mentionnés aux articles 200 et 238 bis du code général des impôts qui en font la demande.

Il reçoit et examine les comptes et les rapports moraux et financiers qui sont adressés chaque année à la Fondation par les œuvres et organismes titulaires d'un compte comme justification de l'emploi des fonds reçus.

Il fixe, dans le règlement intérieur, la procédure d'ouverture de comptes applicable aux œuvres et organismes demandeurs, les modalités de gestion des comptes et le taux du prélèvement éventuellement perçu par la Fondation afin d'équilibrer la gestion du service rendu.

Il décide, s'il y a lieu, de clôturer les comptes des œuvres et organismes qui ne respectent pas les obligations qui leur sont imposées par les présents statuts et le règlement intérieur, ou dont le but ou les activités ne sont plus compatibles avec celles de la Fondation, ou dont la gestion est de nature à compromettre l'exercice de ses activités propres.

Il approuve les conventions visées à l'article 2 *in fine*.

Il peut déléguer certains de ses pouvoirs au Bureau ou à l'un des comités mentionnés à l'article 3 dans les conditions et limites qu'il fixe dans le règlement intérieur.

ARTICLE 8

Le Bureau de la Fondation suit les affaires de celle-ci, prépare les délibérations du Conseil d'administration et exerce les attributions que ce dernier lui délègue.

ARTICLE 9

Le président représente la Fondation dans tous les actes de la vie civile. Il ordonnance les dépenses. Il peut donner délégation.

En cas de représentation en justice, le président ne peut être représenté que par un mandataire agissant en vertu d'une procuration donnée spécifiquement pour cette occasion. Les représentants de la Fondation doivent jouir du plein exercice de leurs droits civils. Le trésorier encaisse les recettes et acquitte les dépenses.

Il peut donner délégation dans les conditions prévues par le règlement intérieur.

ARTICLE 10

Le comité financier assiste le Conseil d'administration dans la gestion des biens et fonds de la Fondation.

Il est sollicité par le Conseil pour faire toutes propositions et donner tous avis à cet effet, notamment en ce qui concerne le placement des fonds, les acquisitions, aliénations et remplois de biens et fonds, les hypothèques et emprunts.

Sa composition, son organisation et les règles de son fonctionnement sont fixées par le règlement intérieur.

ARTICLE 11

Le comité juridique assiste le Conseil d'administration dans la gestion des biens et des services de la Fondation.

Il est sollicité par le Conseil pour examiner les problèmes juridiques soulevés par l'activité de la Fondation, notamment en ce qui concerne l'acceptation des libéralités avec charges, la distribution des subsides et l'établissement des conventions visées à l'article 2 *in fine*.

Sa composition, son organisation et les règles de son fonctionnement sont fixées par le règlement intérieur.

ARTICLE 12

Les comités techniques assistent le Conseil d'administration dans la distribution des subsides de la Fondation. Ils lui font toutes propositions et lui donnent tous avis à cet effet. Ils sont créés par le Conseil d'administration, en tant que de besoin, par secteur d'intérêt général, notamment pour les affaires culturelles, sociales, scientifiques, d'éducation et formation, de jeunesse, d'environnement, etc., ainsi que,

le cas échéant, conformément aux conditions particulières éventuellement stipulées en la matière par les donateurs.

La composition des comités créés par secteurs d'intérêt général est arrêtée par le Conseil d'administration. Leurs attributions, leur organisation et les règles de leur fonctionnement, y compris les délégations qui peuvent leur être consenties, sont fixées par le règlement intérieur.

ARTICLE 13

Le Comité des comptes d'association assiste le Conseil d'administration dans la gestion des comptes individualisés ouverts pour les œuvres et organismes mentionnés aux articles 200 et 238 bis du code général des impôts.

Il fournit notamment au Conseil d'administration tous les éléments lui permettant d'arrêter le rapport spécial mentionné à l'article 24.

Sa composition, ses attributions, son organisation, et les règles de son fonctionnement, y compris les délégations qui peuvent lui être consenties, sont fixées par le règlement intérieur.

ARTICLE 14

Le directeur de la Fondation est nommé par le président après avis du Conseil d'administration.

ARTICLE 15

Le directeur de la Fondation en dirige les services et le personnel, et il en assure le fonctionnement, dans les conditions fixées par le règlement intérieur. Il a de droit accès avec voix consultative aux séances du Conseil d'administration, du Bureau et des divers comités ou sous-comités de la Fondation.

ARTICLE 16

Les décisions de la Fondation relatives aux aliénations de biens mobiliers et immobiliers dépendant de la dotation, à la constitution d'hypothèques et aux emprunts ne sont valables qu'après approbation administrative, sous réserve des dispositions de l'article 18 *in fine*.

Les décisions relatives à l'acceptation de dons et legs ainsi qu'à la modification des charges et conditions grevant ces libéralités, ne sont valables qu'après l'approbation administrative éventuellement requise par la législation en vigueur.

III. Dotation et ressources annuelles

ARTICLE 17

La dotation de la Fondation comprend :

1) La dotation initiale s'élevant à la somme de 17 250 000 francs constituée de la manière suivante :
- conformément à la convention en date du 7 octobre 1968 en vue de la reconnaissance de la Fondation de France comme établissement d'utilité publique, une première dotation de 16 250 000 francs-1969 versée sous forme d'apport, transformé en don au bout de dix ans, par les fondateurs suivants : la Caisse des dépôts et consignations, la Banque de France, la Banque de l'Indochine, la Banque Nationale de Paris, la Banque de Paris et des Pays Bas, la Caisse d'Épargne de Lyon, La Caisse d'Épargne et de Prévoyance des Bouches-du-Rhône, la Caisse d'Épargne et de Prévoyance de Paris, la Compagnie Bancaire, la Compagnie financière de Suez et de l'Union parisienne, le Crédit Commercial de France, le Crédit Foncier de France, le Crédit Industriel et Commercial, le Crédit Lyonnais, MM. de Neufelize, Schlumberger, Mallet et Cie, la Société Générale pour favoriser le développement du commerce et de l'industrie en France.

- une dotation complémentaire de 1 000 000 francs-1972 apportée en 1972 par deux nouveaux membres fondateurs : le Crédit agricole et le Crédit populaire de France.

Ces dix-huit fondateurs se dénomment aujourd'hui : la Caisse des dépôts et consignations, la Banque de France, la Banque Indo-suez, la Banque Nationale de Paris, la Banque Paribas, la Caisse d'Épargne de Lyon, la Caisse d'Épargne et de Prévoyance des Bouches du Rhône, la Caisse d'Épargne et de Prévoyance de Paris, la Caisse nationale de Crédit agricole, la Caisse centrale de Banques populaires, la Compagnie bancaire, la Compagnie de Suez, le Crédit commercial de France, le Crédit foncier de France, la Compagnie financière de l'Union européenne et du CIC, le Crédit lyonnais, la Banque de Neufelize, Schlumberger, Mallet, la Société générale.

2) Les dotations ultérieurement fournies soit par les fondateurs, soit par les personnes qui seraient admises avec les droits et obligations attachés par les statuts à la qualité de fondateur, dans les conditions définies par le règlement intérieur.

3) Le produit des libéralités dont la capitalisation aura été décidée ; ces libéralités pouvant faire l'objet, s'il y a lieu, de fonds particuliers ouverts notamment au nom des donateurs.

ARTICLE 18

La dotation est employée et gérée de la façon suivante :

Les capitaux mobiliers sont placés au choix, compte tenu des intérêts de la Fondation et des circonstances, et moyennant une ou plusieurs des conventions visées à l'article 2 *in fine*, dans les conditions ci-après :

A) En titre émis par le Trésor public et par les collectivités publiques ou locales, ou avec leur garantie, en valeurs cotées ou non à une bourse officielle, française ou étrangère, ainsi qu'en actions des sociétés d'investissement à capital variable et en parts de fonds commun de placement prévus par la loi du 23 décembre 1988, ainsi qu'en titres de créances négociables.

Ces diverses valeurs doivent être nominatives, sauf dépôt auprès d'une personne qualifiée.

B) En dépôt à moyen et long termes auprès des établissements habilités à en recevoir.

C) Dans un but de protection des capitaux placés, il peut être fait usage de contrats à terme ou optionnels sur les marchés financiers français ou étrangers.

Une partie des capitaux précités pourra également être employée à l'acquisition, à l'aménagement et à la construction d'immeubles nécessaires au but poursuivi par la Fondation ou d'immeubles productifs de revenus, tels que : bois, forêts, ou terrain à boiser, immeubles construits ou à construire, etc., ainsi que, exceptionnellement, à l'acquisition de meubles tels qu'œuvres d'art, etc.

Sauf stipulation contraire des disposants, les valeurs acquises ou entrées directement en portefeuille par voie de donation pourront toujours être aliénées sous la réserve expresse que les fonds provenant de l'aliénation seront réemployés dans le cadre des dispositions ci-dessus. En ce dernier cas, l'approbation administrative prévue par l'article 16 - 1^{er} alinéa, ne sera pas nécessaire.

ARTICLE 19

Les ressources annuelles de la Fondation se composent :

1) Des revenus de la dotation y compris la quote-part des plus-values de cession qui sera admise à cet effet par le règlement intérieur.

2) Des subventions publiques qui pourraient lui être accordées.

3) Du produit des dons et legs dont la capitalisation n'aura pas été décidée.

4) Des versements faits par des particuliers ou par des entreprises, dans le cadre notamment des mesures fiscales admettant de tels versements en déduction de l'impôt sur le revenu ou sur les sociétés.

5) Du produit des ressources créées à titre exceptionnel et, s'il y a lieu, avec l'agrément de l'autorité compétente.

6) Du produit des rétributions éventuellement perçues pour services rendus, et notamment des prélèvements mentionnés au 10^{ème} alinéa de l'article 7.

Il est justifié auprès des ministres intéressés, de l'emploi des fonds provenant de toutes les subventions sur fonds publics éventuellement accordées au cours de l'exercice écoulé, ainsi que, auprès du ministre chargé des Finances et sur sa demande, de l'emploi des versements visés au 4 ci-dessus et effectués en exonération d'impôt.

Il est tenu une comptabilité faisant apparaître annuellement un compte de résultat, un bilan et une annexe. En outre, la comptabilité retrace l'ensemble des comptes définis à l'article 2 par secteur d'activité.

IV. Dispositions diverses

ARTICLE 20

Toutes les fonctions de membres des Conseil, comités ou sous-comités de la Fondation sont bénévoles, sous réserve de l'indemnisation des frais exposés par les intéressés, dans les conditions définies par le règlement intérieur.

ARTICLE 21

Outre le directeur qui a de droit accès aux séances du Conseil d'administration, les agents rétribués de la Fondation, ainsi que toute personne dont il paraîtrait utile de recueillir l'avis peuvent être appelés par le président concerné à assister, avec voix consultative, aux séances des divers Conseil, comités ou sous-comités de la Fondation.

ARTICLE 22

Les emplois de direction de la Fondation, ainsi que les emplois administratifs supérieurs et de conseillers techniques au nombre maximum de trois pourront être occupés par des fonctionnaires appartenant à la fonction publique de l'État, à la fonction publique territoriale ou à la fonction publique hospitalière, placés en position de détachement dans les conditions définies par leur statut.

ARTICLE 23

Chaque année, la Fondation établit et rend public un rapport d'ensemble sur sa situation morale et financière. Ce rapport doit comporter toutes précisions utiles à l'information du public, notamment en ce qui concerne ses statuts, son règlement intérieur, la composition de ses conseil, comités, ses activités, les personnes qui lui auront accordé des libéralités sauf si elles ont stipulé l'anonymat et celles qui auront bénéficié de ses subsides, ainsi que son bilan, en particulier l'état détaillé de ses valeurs d'actif.

Ce rapport est communiqué chaque année, avec les budgets et les comptes, au préfet de Paris, au ministre de l'Intérieur, au ministre chargé des Finances et aux autres ministres intéressés qui en auront fait la demande.

ARTICLE 24

Un rapport spécial est établi chaque année qui donne toutes informations utiles sur l'organisation et le fonctionnement des comptes des œuvres ou organismes visés à l'alinéa 2 de l'article 1.

Ce rapport mentionne les œuvres ou organismes nouvellement titulaires d'un compte et les comptes qui ont fait l'objet d'une liquidation.

Ce rapport, approuvé par le Conseil d'administration, est adressé sans délai au ministre de l'Intérieur, au ministre chargé des Finances et au préfet de Paris, auprès duquel il peut être consulté par tout intéressé.

V. Modification des statuts et dissolution

ARTICLE 25

Les présents statuts ne pourront être modifiés qu'après deux délibérations du Conseil d'administration prises à deux mois d'intervalle et à la majorité des trois quarts des membre en exercice. Toutefois, une seule délibération suffira lorsque la modification y aura été décidée à l'unanimité des membres en exercice, dûment saisis du projet par lettre recommandée avec accusé de réception, reçue au moins un mois à l'avance.

ARTICLE 26

En cas de dissolution ou en cas de retrait de la reconnaissance d'utilité publique, le Conseil d'administration désigne un ou plusieurs commissaires chargés de la liquidation des biens de la Fondation. Il attribue l'actif net à un ou plusieurs établissements analogues, publics ou reconnus d'utilité publique ou à des établissements visés à l'article 6 de la loi du 1er juillet 1901.

La liquidation des biens de la Fondation et l'attribution de l'actif ne peut intervenir qu'après avis de la commission de contrôle prévue par l'article 29 ci-dessous.

Les délibérations sont adressées sans délai au ministre de l'Intérieur et aux autres ministres intéressés.

Dans le cas où les mesures sus-indiquées n'auraient pas été prises, un décret interviendrait pour y pourvoir. Les détenteurs de fonds, titres et archives appartenant à la Fondation, s'en dessaisiront valablement entre les mains du commissaire désigné par le dit décret.

Si l'autorisation prévue par les articles 200 et 238 bis du code général des impôts est rapportée ou si la Fondation est dissoute, la liquidation des comptes des établissements visés à l'alinéa 2 de l'article 1 est effectuée préalablement à la liquidation des biens de la Fondation.

ARTICLE 27

Les délibérations prévues aux deux articles ci-dessus ne seront valables qu'après l'approbation du gouvernement.

VI. Règlement intérieur et surveillance

ARTICLE 28

Le règlement intérieur est adopté par le Conseil d'administration. Il est adressé à la préfecture de Paris. Il arrête les modalités nécessaires pour assurer l'exécution des présents statuts et notamment les dispositions

prévues à l'alinéa 10 de l'article 7. Il ne peut entrer en vigueur ou être modifié qu'après approbation du ministre de l'Intérieur.

ARTICLE 29

La gestion administrative et financière de la Fondation de France pourra être soumise au contrôle *a posteriori* d'une commission composée de deux ou quatre membres, dont la moitié désignée sur proposition du Conseil d'administration, et dont la création ainsi que l'organisation et le fonctionnement seront arrêtés par le ministre de l'Intérieur.

ARTICLE 30

Le ministre de l'Intérieur aura le droit de faire visiter par ses délégués les divers services dépendant de l'établissement et de se faire rendre compte de leur fonctionnement.

Annexe 5

Conditions générales de création et de fonctionnement des fonds au sein de la Fondation de France

Approuvées par le conseil d'administration le 8 avril 2009*

En vertu de l'article 20 de la Loi 87-571 sur le Mécénat du 23 juillet 1987 modifiée, peut (...) être dénommée fondation l'affectation irrévocable, en vue de la réalisation d'une œuvre d'intérêt général et à but non lucratif, de biens, droits ou ressources à une fondation reconnue d'utilité publique dont les statuts ont été approuvés à ce titre, dès lors que ces biens, droits ou ressources sont gérés directement par la fondation affectataire, et sans que soit créée à cette fin une personne morale distincte.

Les présentes Conditions générales de création et de fonctionnement des fonds au sein de la Fondation de France, dénommées ci-après les Conditions générales, ont pour objet de préciser les modalités et conditions dans lesquelles la Fondation de France, fondation reconnue d'utilité publique dont les statuts ont été approuvés à ce titre, accepte de recevoir des biens, droits ou ressources à charge de créer et maintenir sous son égide un Fonds individualisé qui peut prendre la dénomination de Fondation, et de décrire les prestations de gestion, d'administration, de conseil, d'assistance, de rédaction, d'information et de contrôle qu'elle fournit aux mécènes pour s'acquitter de cette charge.

Article 1

Définitions

Accord : désigne l'ensemble des documents contractuels tels que décrits à l'article 2 régissant les droits et obligations respectifs de la Fondation de France et des Administrateurs au titre des Prestations fournies par la Fondation de France aux Administrateurs.

Administrateurs : désigne les personnes nommées es qualité ou à titre personnel qui assurent la gouvernance du Fonds et répondent de son action vis-à-vis de la Fondation de France. Les Administrateurs sont les Fondateurs et, le cas échéant, les personnes qu'ils désignent, et celles qui leur succéderont, conformément aux règles de nomination et de renouvellement prévues dans l'Accord.

Convention : document contractuel établi entre les Fondateurs et la Fondation de France pour préciser les caractéristiques particulières (moyens, nom, objet, siège, gouvernance, gestion, durée) du Fonds individualisé, éventuellement dénommé Fondation, créé par don manuel ou donation, et les engagements respectifs de la Fondation de France et des Administrateurs qui y affèrent.

Charte de la gestion financière de la Fondation de France : adoptée par le Conseil d'administration, cette charte présente les moyens mis en œuvre par la Fondation de France pour respecter les objectifs et les principes généraux en matière de gestion des actifs financiers que la Fondation de France s'impose à elle-même ainsi qu'à tous ses partenaires qui interviennent en matière de gestion financière.

Comité exécutif : organe de gouvernance des Fonds regroupant les Administrateurs.

Comité de la Charte du don en confiance : organisme d'agrément et de contrôle des associations et fondations faisant appel à la générosité du public, dont la vocation est de promouvoir la transparence et la rigueur de la gestion pour permettre le « don en confiance ». Le Comité a élaboré une Charte de Déontologie et donne son agrément aux organisations qui s'engagent volontairement à la respecter et à se soumettre à ses contrôles. Créé en 1989, il réunit aujourd'hui 55 associations et fondations, membres agréés.

Fondation : dénomination que peut porter un Fonds créé par un ou plusieurs Fondateurs au sein de la Fondation de France au moyen de libéralités avec charges.

*Source : <http://www.fondationpierrerrabhi.org/download/Conditions-generales-de-creation-et-de-fonctionnement-des-Fonds.pdf>.

Fondateurs : désigne les mécènes et autres personnes physiques ou morales à l'origine du Fonds, vis-à-vis desquels la Fondation de France s'engage à assurer les Prestations définies à l'Accord.

Fonds : désigne l'entité individualisée, pouvant porter la dénomination de Fondation, créée par un ou plusieurs Fondateurs au sein de la Fondation de France au moyen de libéralités avec charges.

Prestations : désigne l'ensemble des missions de gestion, d'administration, de conseil, d'assistance, de rédaction, d'information et de contrôle exécutées par la Fondation de France pour la création et le maintien d'un Fonds sous son égide, dans les conditions prévues à l'Accord et dans le respect des prescriptions légales et réglementaires en vigueur.

Produits-partage : produit ou service d'une entreprise vendu au profit partiel ou total d'un organisme à but non lucratif, pendant une période fixée.

Statuts : désigne les statuts de la Fondation de France publiés au Journal officiel de la République, en vigueur à la date de formation de l'Accord.

Article 2

Dispositions régissant les prestations fournies par la Fondation de France

Fonds créé par don manuel ou donation

Toute Prestation fournie par la Fondation de France est régie par les documents contractuels suivants :

- les présentes Conditions générales et leurs annexes ;
- le cas échéant, un ou plusieurs actes authentiques de constitution et éventuellement de modification de charges ;
- la Convention et ses éventuels avenants.

L'ensemble de ces documents constitue l'Accord conclu entre la Fondation de France et les Fondateurs.

Fonds créé par une libéralité testamentaire ou en exécution d'une clause bénéficiaire d'un contrat d'assurance-vie

Toute Prestation fournie par la Fondation de France est régie par les documents contractuels suivants :

- les présentes Conditions générales et leurs annexes ;
- le testament, ou le contrat d'assurance-vie dont les conditions auront été acceptées ou exécutées par la Fondation de France en l'état, ou interprétées à sa demande par la juridiction compétente.

L'ensemble de ces documents constitue l'Accord conclu entre la Fondation de France et les Fondateurs.

Article 3

Application – Opposabilité

Les présentes Conditions générales se substituent aux précédentes. Elles peuvent elles-mêmes faire l'objet de nouvelles versions, le Conseil d'administration de la Fondation de France se réservant le droit de procéder à tout moment et sans préavis à toute modification rendue nécessaire par l'évolution de son rôle et de son environnement, notamment économique et juridique. Dans ce cas, il s'engage à en informer les Administrateurs dans les meilleurs délais.

Sauf dérogation formelle et expresse émanant de la Fondation de France, les présentes Conditions générales sont, avec les Conventions et documents visés à l'article 2, et à l'exclusion de toute autre disposition, seules applicables aux Prestations fournies par la Fondation de France aux Administrateurs.

L'établissement d'un Accord entre les Fondateurs et la Fondation de France implique l'adhésion entière et sans réserve des Administrateurs aux présentes Conditions générales dont ils reconnaissent avoir pris connaissance. Toute autre disposition qui serait opposée par les Administrateurs sera invalide, à défaut d'acceptation expresse par la Fondation de France, quel que soit le moment où elle aurait pu être portée à sa connaissance.

Le fait que la Fondation de France ne se prévale pas, à un moment donné, de l'une quelconque des dispositions contractuelles de l'Accord, ne saurait être interprété comme une renonciation à s'en prévaloir ultérieurement.

A chaque modification décidée par son Conseil d'administration, la Fondation de France communique aux Fondateurs et/ou aux Présidents des Comités exécutifs la nouvelle version des Conditions générales.

Article 4

Formation de l'accord

Si le Fonds est créé par don manuel ou donation authentique, l'Accord entre en vigueur au plus tôt à compter de la signature de la Convention précisant les caractéristiques particulières du Fonds.

Si le Fonds est créé par testament ou par un contrat d'assurance-vie, l'Accord entre en vigueur dès l'entrée en jouissance de la libéralité par la Fondation de France.

Article 5

Fondateurs

L'activité fiduciaire de la Fondation de France s'exerce essentiellement au service des personnes physiques ou morales de droit privé, françaises ou étrangères. Néanmoins, dans certains cas particuliers, le secteur public peut participer à un Fonds. Ainsi, un Fonds peut être créé par des partenaires de statuts divers : regroupement de personnes physiques et morales, de personnes de droit public et de droit privé, etc.

5.1. Les personnes physiques

Les personnes physiques peuvent créer des Fonds de leur vivant ou après leur décès.

5.2. Les entreprises

Contrairement aux Fondations d'entreprises régies par la loi du 23 juillet 1987 modifiée, les Fonds créés sous l'égide de la Fondation de France qui portent le nom d'une entreprise peuvent être financés par tous types de contributeurs. Cependant, les financements apportés par des tiers extérieurs aux entreprises du Groupe et à leurs salariés ne peuvent pas représenter plus de 50 % du budget du Fonds.

5.3. Le secteur associatif

La Fondation de France admet la création de Fonds financés par une ou plusieurs associations dans les cas suivants :

dévolution de l'actif d'une association qui se dissout en assurant la pérennité de son objet par la création d'un Fonds avec dotation ;

sous réserve de pouvoir justifier l'origine des financements, cession d'une partie de l'actif d'une association pour isoler une activité en dehors de son fonctionnement. Une telle motivation n'est susceptible de rencontrer l'accord de la Fondation de France que s'il s'agit de créer un Fonds avec une dotation capable de garantir la longévité de l'action considérée ;

sous réserve de pouvoir justifier l'origine des financements, cession d'un actif pour participer, avec d'autres, à la création d'un Fonds chargé d'un projet particulier.

Dans tous les cas la décision doit faire l'objet d'une délibération de l'Assemblée générale des associations fondatrices, dont copie est obligatoirement fournie à la Fondation de France.

5.4. Le secteur public

Les Fonds créés sous l'égide de la Fondation de France sont des dispositifs destinés à gérer du mécénat privé. En principe, ces Fonds ne peuvent donc pas être créés avec des financements publics, surtout s'il s'agit de Fonds avec dotation. Néanmoins, si le projet les concerne, des personnes morales de droit public

peuvent être considérées comme cofondatrice au côté de personnes physiques ou morales de droit privé et participer à la gouvernance du Fonds, sans qu'il soit nécessaire qu'elles le cofinancent.

Par ailleurs, les Fonds constitués peuvent exceptionnellement bénéficier de subventions publiques, mais ces contributions, quelle que soit leur destination – dotation, réserves, ou ressources annuelles – ne doivent pas excéder 20 % des actifs des Fonds.

Article 6

Types de Fonds

La Fondation de France propose aux mécènes l'individualisation de trois types de Fonds :

le Fonds sans dotation, qui fonctionne grâce aux ressources annuelles que lui versent ou lui font verser les Fondateurs. Ce Fonds, à durée limitée, existe aussi longtemps qu'il perçoit des ressources externes. Il est clôturé lorsque ses ressources sont épuisées, sous réserve des dispositions de l'article 17 ;

le Fonds avec dotation dont la durée, limitée, peut être fixée ou non à sa création. Les ressources annuelles de ce Fonds sont constituées des revenus de sa dotation, d'éventuelles ressources externes et, si les Administrateurs le décident, d'une quote-part de la dotation elle-même. Ce Fonds, qui peut mener une activité dans le très long terme, est clôturé lorsque ses fonds propres et ses ressources sont épuisés, sous réserve des dispositions de l'article 17 ;

le Fonds avec dotation pérenne. Afin de garantir la longévité de ce Fonds qui n'envisage pas sa fin, sa dotation est revalorisée chaque année du montant de l'inflation. Les ressources annuelles du Fonds sont donc limitées aux revenus de la dotation qui excèdent la couverture de l'inflation, complétés par d'éventuelles ressources externes.

Par ailleurs deux autres types de Fonds peuvent être créés :

le Fonds de regroupement

Lorsque plusieurs Fonds avec dotation pérenne sont dédiés à une même cause et qu'ils n'ont pas d'instance spécifique de décision, la Fondation de France peut les rassembler et constituer ainsi une dotation dont les revenus sont suffisamment importants pour soutenir des actions d'envergure. Ce regroupement permet à la Fondation de France d'intervenir de manière souple, en fonction de l'évolution des besoins du domaine, sur des programmes précis. L'appartenance à un Fonds de regroupement n'entame pas l'identité de chaque Fonds individualisé. En effet, pour chaque engagement financier imputé sur un Fonds de regroupement, la notification d'engagement à l'intention du bénéficiaire est accompagnée de la liste de tous les Fonds individualisés constitutifs du Fonds de regroupement ;

le Fonds de souscription

Par ailleurs, dans certains cas exceptionnels, la Fondation de France accepte l'ouverture d'un Fonds de souscription sans dotation lorsqu'il s'agit de réunir un budget précis pour une action déterminée limitée dans le temps et dont l'envergure nationale garantit le succès de la collecte. Ces Fonds, créés sans engagement financier initial, ne portent jamais la dénomination de Fondation.

Article 7

Dotation et ressources du Fonds

7.1. Montants minima

La Fondation de France accepte les libéralités assorties d'une charge de créer et maintenir un Fonds, qui peut être dénommé Fondation, à partir d'un montant minimum net de :

200 000 euros pour les Fonds à durée limitée, avec ou sans dotation ;

500 000 euros pour les Fonds avec dotation destinés à être pérennisés.

Ces libéralités peuvent être reçues en une ou plusieurs fois dans un délai maximum de 5 années, sous réserve du paiement annuel dès la formation de l'Accord des contributions prévues à l'article 15.

La Fondation de France accepte par ailleurs les libéralités susceptibles d'être administrées dans un Fonds de regroupement à partir d'un montant net minimum de : 10 000 euros.

7.2. Origine et nature des biens

En vertu du titre III de ses Statuts, annexés aux présentes Conditions générales, la Fondation de France est autorisée à recevoir pour elle-même et pour les Fonds qu'elle individualise en son sein, les ressources externes suivantes :

- des libéralités effectuées sur le territoire français ou depuis l'étranger par des résidents fiscaux français ou étrangers ;
- des subventions provenant de l'État et des collectivités publiques françaises ou de l'Union européenne ;
- des produits de ressources créées à titre exceptionnel sur le territoire français ;
- des produits des rétributions perçues pour services rendus en France ou à l'étranger.
- des revenus de ses placements financiers.

Elle est habilitée à recevoir et éventuellement conserver :

- des liquidités ;
- la pleine propriété ou l'usufruit de valeurs mobilières ;
- des meubles et objets meublants ;
- la pleine propriété ou l'usufruit d'immeubles ;
- des parts de sociétés ;
- des droits de propriété incorporelle.

Elle peut enfin, au cas par cas et après examen, accepter la nue-propriété d'immeubles d'une part et du mécénat de compétence d'autre part.

7.3. Conditions de transmission

7.3.a. Libéralités

7.3.a.1. Mode de transmission

Les libéralités peuvent être effectuées sous forme de don manuel, donation, legs ou contrats d'assurance-vie.

Les transferts de droits démembrés, de droits d'auteur, de créances, et d'immeubles effectués du vivant de leurs propriétaires font obligatoirement l'objet de donations authentiques.

Par ailleurs, sauf s'ils sont destinés à la dotation d'une fondation pérenne, les dons en pleine et nue propriété, unitaires ou cumulés, d'une valeur supérieure à 100 000 euros effectués par des personnes physiques ayant des héritiers réservataires doivent faire l'objet de donations authentiques et d'une renonciation définitive desdits héritiers à leur action en réduction, lorsqu'ils sont majeurs.

7.3.a.2. Conditions d'acceptation

La Fondation de France accepte les dons manuels, les donations, les legs et les sommes résultant de contrats d'assurance-vie qui lui sont consentis en faveur des Fonds, sous réserve que les charges et conditions dont ils sont éventuellement assortis soient conformes aux dispositions légales et réglementaires du droit français, aux Statuts de la Fondation de France, au caractère apolitique et non confessionnel de ses activités et aux termes de l'Accord.

Par ailleurs elle n'accepte les legs et donations au profit des Fonds que si l'actif est supérieur au passif.

La Fondation de France peut accepter que les libéralités destinées aux Fonds soient grevées de charges particulières non philanthropiques pourvu que ces charges soient marginales par rapport à l'intention philanthropique. Cet équilibre est généralement apprécié au regard de la répartition des valeurs demandée par le donateur/testateur mais il peut également s'analyser dans le temps, s'il s'agit de verser un usufruit ou une rente. Dans ce cas, la charge privée peut, dans un premier temps, mobiliser tout ou partie des revenus de la libéralité sans préjudice, à terme, du caractère philanthropique de l'opération.

Les dons manuels, les donations, les legs et les sommes résultant de contrats d'assurance-vie ne doivent pas être destinés directement aux Fonds, qui n'ont pas d'existence juridique propre, mais établis au profit de la Fondation de France à charge de les affecter à ces Fonds.

Tous les legs et donations par acte authentique sont soumis à l'acceptation du Conseil d'administration de la Fondation de France qui se réunit environ une fois par trimestre.

La Fondation de France accepte tous types de biens, droits et ressources pour le compte des Fonds qu'elle abrite à la condition d'être autorisée à les céder pour organiser une gestion rationnelle des actifs, dans l'intérêt même des Fonds et de leur objet.

7.3.a.3. Recherche de libéralités

Si les Administrateurs recherchent des libéralités pour le Fonds, les moyens qu'ils souhaitent mettre en œuvre pour ce faire doivent être soumis à l'accord écrit préalable de la Fondation de France.

Sauf dans le cadre d'un Fonds de souscription prévu à l'article 6 des présentes Conditions générales, les Administrateurs ne pourront pas effectuer des opérations de recherche de dons qui entraîneraient l'obligation de faire une déclaration préalable à la Préfecture et d'établir un compte d'emploi des ressources prévus par la Loi du 7 août 1991 n° 91-772 relative au contrôle des comptes des organismes faisant appel à la générosité publique.

7.3.a.4. Avantages fiscaux pour le donateur

Réduction d'impôt

Dans le cadre des prescriptions légales et réglementaires nationales en vigueur à la date de l'opération, la Fondation de France remet aux donateurs des Fonds un justificatif de leur don ou donation permettant aux donateurs d'obtenir, le cas échéant, une réduction d'impôt en France.

Bénéficiaire du justificatif

Le bénéficiaire mentionné sur le justificatif fiscal est l'émetteur de la libéralité, identifié par le document de transfert ou un justificatif de propriété : acte notarié, chèque, bordereau de virement, certificat de propriété, facturation pro-forma.

La Fondation de France peut accepter, de manière exceptionnelle, d'émettre une série de justificatifs fiscaux en faveur de donateurs multiples correspondant à un versement unique de la somme de leurs dons. Elle n'accepte d'effectuer ce type d'opération que si l'émetteur du versement lui fournit une liste des donateurs avec adresses, dates et montants de leurs dons respectifs, certifiée par un professionnel habilité – commissaire aux comptes d'une entreprise par exemple – et que la somme des justificatifs fiscaux demandés est strictement égale au montant encaissé. Elle se réserve le droit d'auditer les comptes de l'émetteur afin de vérifier l'exactitude des informations fournies.

Date de validité du justificatif

Le justificatif fiscal comporte une date de validité, intitulée < date de versement >. Cette date est établie, selon les situations, de la manière suivante :

don par remise d'espèces : date de la remise au donataire ;

don par chèque : date de remise au donataire,

don par virement, prélèvement ou carte bancaire : date de l'inscription de la somme au crédit du Fonds ;

don par Internet : date de la transaction ;

don manuel de titres : date du transfert au compte du Fonds ;

donation authentique : date du transfert juridique de propriété ;

cas exceptionnel d'un versement unique correspondant à plusieurs dons, visé au paragraphe précédent : date à laquelle le don a été effectué par le donateur, c'est à dire enregistré chez le < groupeur >.

La Fondation de France s'engage à fournir le justificatif dans un délai permettant au donateur de le joindre à la déclaration d'impôt concernée.

Montant du justificatif

Le justificatif fiscal vise le montant de la libéralité au jour du transfert juridique de propriété. En cas de don en nature de biens ou de services, si la valeur ne réfère pas à un marché ou un référentiel indiscutable, la libéralité doit faire l'objet d'une estimation certifiée par un professionnel ad hoc. Dans tous les cas, la valorisation doit faire l'objet d'une attestation écrite.

Dans le cas d'un immeuble, ou d'un objet précieux, la valeur est estimée par un expert professionnel choisi pour sa compétence dans le domaine, en référence au marché.

Dans le cas d'un objet manufacturé, le montant retenu est la valeur hors taxe en stock du bien, certifiée par le commissaire aux comptes de l'entreprise donatrice.

En ce qui concerne le mécénat de compétence, la valeur du service rendu est établie par le presta-taire mécène sur la base du prix de revient effectif hors taxe de la prestation et certifiée par son commissaire aux comptes.

Dans ces deux derniers cas, la Fondation de France se réserve le droit d'auditer les comptes de l'émetteur afin de vérifier l'exactitude des informations fournies.

Résidents fiscaux européens

Partenaire du *Transnational giving in Europe* (T.G.E.), la Fondation de France a passé des accords avec des fondations ressortissantes de plusieurs pays de l'Union européenne pour faciliter les dons transfrontaliers. Actuellement, grâce à la garantie apportée par la Fondation de France, les donateurs des Fonds fiscalisés en Allemagne, en Belgique, en Bulgarie, en Hongrie, en Irlande, en Italie, aux Pays-Bas, en Pologne, en Roumanie, au Royaume-Uni, en Slovaquie et en Suisse peuvent bénéficier, via ces fondations, des avantages fiscaux prévus par la législation de leur pays de résidence. L'étendue et la portée de ce réseau sont susceptibles d'évoluer.

Résidents fiscaux américains

Grâce à *Friends of Fondation* de France, fondation de droit américain dont l'objet est de soutenir les projets de la Fondation de France, les personnes ou les entreprises fiscalisées aux Etats-Unis qui veulent faire des dons de liquidités ou de valeurs mobilières aux Fonds peuvent bénéficier des avantages fiscaux prévus par la législation américaine.

Exonération

Les legs et donations de biens situés sur le territoire national effectués par des résidents fiscaux français sont exonérés des droits de mutation à titre gratuit.

Les legs et donations de biens situés à l'étranger sont soumis à la fiscalité du pays concerné ou, le cas échéant, aux dispositions fiscales visées dans une convention bilatérale existant entre la France et le pays concerné. La Fondation de France se réserve néanmoins le droit de refuser pour le compte du Fonds une libéralité portant sur un bien situé hors de France dans le cas où l'opération emporterait paiement de droits de mutation dans le pays de situation du bien ou de résidence fiscale de l'auteur de la libéralité.

7.3.b. Subventions publiques

La Fondation de France accepte de recevoir des subventions de l'Union européenne, de l'État ou des Collectivités territoriales et locales français pour le compte des Fonds, sous réserve :

que les demandes de subventions ainsi que le compte rendu d'utilisation des sommes reçues soient préparés par les Administrateurs qui les transmettent, pour signature, au Président de la Fondation de France ;

que les versements des subventions soient accompagnés des documents justifiant que la décision a été prise dans le cadre légal et réglementaire s'imposant à l'émetteur (délibération d'assemblée d'une Collectivité locale ou territoriale, notification du contrôleur financier de l'administration, etc.) ;

que le montant annuel cumulé des subventions publiques (Union européenne, Etat, collectivités locales) dont bénéficie le Fonds ne soit pas supérieur à 20 % des ressources de l'exercice considéré.

7.3.c. Produit des ressources créées à titre exceptionnel et produits de rétributions perçues pour services rendus

Les Administrateurs qui envisagent d'organiser au profit de leurs Fonds une opération supposant la vente à prix fixe, aux enchères ou sous forme de tombola, de biens ou de services (œuvres d'art, cartes de vœux,

objets divers, dîners, spectacles, etc.), doivent soumettre ce projet à l'accord écrit préalable de la Fondation de France.

Ces opérations sont soumises à la TVA, sauf si aux termes de la réglementation fiscale en vigueur :

les contreparties apportées aux contributeurs peuvent être considérées comme manifestation disproportionnée par rapport aux sommes qu'ils versent, ou

la Fondation de France peut enregistrer l'événement au titre des six manifestations exceptionnelles annuelles qu'elle est autorisée à organiser, ou

l'opération est un colloque limité à un public très ciblé (associations, collectivités locales, chercheurs,...) dont on peut considérer qu'il est effectué dans le prolongement de l'activité générale de mise en œuvre de programmes à caractère social et humanitaire du Fonds. La participation du public aux frais doit rester raisonnable et la publicité limitée au site internet du Fonds.

7.3.d. Produits-partage

Les Administrateurs qui envisagent d'organiser une opération de produits-partage au profit de leurs Fonds doivent soumettre ce projet à l'accord écrit préalable de la Fondation de France.

Produits-partage au profit de Fonds portant le nom d'une entreprise

Les entreprises peuvent organiser des ventes de Produits-partage au profit des Fonds qui portent leur nom à condition qu'elles ne constituent pas l'occasion de prospector de nouveaux consommateurs mais qu'elles s'adressent à leurs seuls < clients captifs >.

En dehors même de toute considération fiscale, cette limite est fixée en référence à la Loi 87-571 sur le Mécénat du 23 juillet 1987 modifiée qui interdit aux fondations d'entreprises de faire appel à la générosité du public. Les ventes de produits-partage à leur prix de référence ne constituent certes pas des appels à la générosité publique, mais lorsqu'elles font appel à la participation d'un large public au profit d'un Fonds qui porte le nom de l'entreprise, elles sont contraires à l'esprit de la loi.

Par ailleurs si les Produits-partage sont vendus aux clients habituels à leur prix de référence, l'entreprise est considérée comme donatrice et bénéficie d'un justificatif fiscal du montant de la somme collectée. Si le produit est nouveau, ou s'il est vendu plus cher qu'en temps normal et que la part reversée au Fonds est financée par ce surcoût, l'opération n'ouvrira pas droit à réduction d'impôt.

Article 8

Création du Fonds – Dénomination et individualisation

Dès l'entrée en vigueur de l'Accord, la Fondation de France matérialise la création du Fonds intitulé du nom choisi par les Fondateurs – qui porte éventuellement la dénomination de Fondation – par l'ouverture d'un compte comptable analytique, qui enregistre l'actif net de la libéralité visée dans l'Accord et traduira les recettes et les dépenses du Fonds.

La Fondation de France établit et transmet chaque année aux Administrateurs le compte de résultat et le bilan du Fonds, cette comptabilité étant par ailleurs consolidée dans les comptes d'ensemble de la Fondation de France certifiés par son Commissaire aux comptes.

Article 9

Gestion du Fonds

9.1. Budget annuel

Le compte du Fonds doit présenter un solde créditeur permettant de couvrir les demandes d'engagement de dépenses des Administrateurs. Pour ce faire, les Fonds sans dotation peuvent être financés au fur et à mesure des engagements de dépenses, tandis que les Fonds qui possèdent une dotation et/ou une réserve doivent présenter en début d'année une trésorerie égale au montant de leur budget annuel, dans la limite de 150 000 euros. Ces sommes, qui peuvent être engagées à tout moment, ne donnent pas lieu à l'attribution d'intérêts.

9.2. Dotation et réserves

9.2.a. Gestion financière dans les fonds profilés collectifs

Conformément aux dispositions de la Charte de gestion financière de la Fondation de France annexée aux présentes Conditions générales, les actifs financiers de la Fondation de France et des Fonds qu'elle abrite sont regroupés dans des fonds profilés dont la gestion est déléguée à des prestataires de services d'investissements sélectionnés par la Fondation de France.

Pour tenir compte des contraintes et spécificités des différents Fonds, cette gestion < collective > est segmentée en plusieurs profils de risques correspondant à des allocations d'actifs différentes. Un profil est affecté à la Fondation de France et à chacun des Fonds qu'elle abrite, en accord, le cas échéant avec les Administrateurs. Chaque profil est géré au sein d'un fonds dédié spécifique et répond à l'appellation de < profil agréé >.

9.2.b. Gestion financière individualisée

Par dérogation actée dans la Convention, les actifs financiers du Fonds peuvent faire l'objet d'une gestion individualisée dans l'établissement financier du choix des Fondateurs si les conditions techniques suivantes sont cumulativement réunies :

- le Fonds ne dispose que d'un compte dans un seul établissement bancaire ;
- la gestion est effectuée uniquement via des OPCVM ouverts (10 au maximum) ;
- la banque délivre mensuellement un reporting électronique et standardisé ;
- les flux liés à l'activité de la fondation (encaissements et paiements) sont exclusivement gérés par le < pool > de trésorerie de la Fondation de France ;
- la création d'un fonds commun de placement (F.C.P.) dédié est obligatoire à partir de 10 000 000 euros d'actifs.

9.2.c. Gestion de biens immobiliers de rapport

A la demande des Administrateurs, la Fondation de France peut de manière exceptionnelle accepter de conserver ou d'acquérir des immeubles de rapport pour le compte d'un Fonds, sous réserve que cette demande soit favorable à sa gestion.

9.2.d. Gestion de sociétés civiles et commerciales

La Fondation de France n'accepte que très exceptionnellement et toujours à titre transitoire de conserver ou d'acquérir pour le compte d'un Fonds des parts de sociétés civiles ou commerciales supposant qu'elle intervienne de manière active dans la gestion des dites sociétés. Par ailleurs, en vertu de ses Statuts, elle ne peut détenir pour elle-même ou un de ses Fonds des participations lui conférant dans les dites sociétés la double majorité des droits de vote et des droits à distribution.

9.2.e. Gestion de droits d'auteur et de redevances de brevets

La Fondation de France n'accepte de devenir titulaire de droits d'auteur ou de redevances de brevets pour le compte d'un Fonds et d'en assurer la gestion, que si ces droits forment une part accessoire d'une donation ou d'un legs important.

9.2.f. Gestion de biens improductifs

Sauf cas exceptionnel, la Fondation de France refuse de conserver pour le compte des Fonds des biens mobiliers ou immobiliers improductifs dont la mise en valeur et l'entretien sont difficilement compatibles avec sa mission sociale et son organisation.

Article 10

Objet et modalités d'intervention du Fonds

Conformité

L'objet et les modalités d'intervention du Fonds doivent être conformes à ceux de la Fondation de France, tels que décrits à l'article 1 de ses Statuts, et doivent respecter le caractère apolitique et non confessionnel de l'institution.

Compte tenu du caractère pluridisciplinaire de la Fondation de France, les Fonds peuvent intervenir dans des domaines divers. Ils ne gèrent directement ni services ni établissements mais soutiennent financièrement par des prix, bourses et subventions, des personnes, des œuvres ou des organismes d'intérêt général qui opèrent dans les secteurs où ils ont choisi de s'impliquer.

Désintéressement

Les Administrateurs s'engagent à sélectionner les bénéficiaires en raison de l'adéquation de leur projet au but philanthropique et d'intérêt général du Fonds. Ils s'interdisent de retirer du Fonds un quelconque bénéfice matériel ou financier pour eux-mêmes ou pour leurs proches, directement ou indirectement.

Lorsque le Fonds est créé par et au nom d'une entreprise, son objet et ses modalités d'intervention doivent être clairement distingués de l'objet social du Fondateur et des produits ou services qu'il commercialise. Par ailleurs si le Fondateur est une entreprise, la notion de < personne apparentée > s'entend de toute personne physique ou morale qui est sous la dépendance de, possède le contrôle de droit ou de fait sur, ou assure des fonctions de direction ou d'administration au sein de l'entreprise fondatrice ou de son groupe.

Territorialité

Aux termes des articles 200 et 238 bis du Code général des impôts, les organismes bénéficiaires de dons ouvrant droits à une réduction fiscale sont ceux qui ont un caractère philanthropique, éducatif, scientifique, social, humanitaire, sportif, familial, culturel, ou qui concourent à la mise en valeur du patrimoine artistique, à la défense de l'environnement naturel, ou à la diffusion de la culture, la langue et des connaissances scientifiques françaises.

La doctrine administrative (D. adm. 23 juin 2000 5B-3311 n° 10 et 25) a précisé que, pour l'application de ces textes, les organismes bénéficiaires de dons doivent en outre exercer leur activité en France.

Par exception à cette règle, l'administration admet que la réduction d'impôt s'applique à l'égard des dons faits :

à des organismes ayant pour objet la diffusion de la culture, de la langue et des connaissances scientifiques françaises ;

à des organismes ayant pour objet d'organiser à partir de la France des programmes humanitaires d'aide en faveur des populations en détresse dans le monde, ainsi qu'aux organismes d'aide au tiers-monde et/ou aux victimes de catastrophes ou calamités naturelles (Rép. Ligot, AN 27 septembre 1975, BO 4B-36-75) ; Rép. Cousté, AN 26 août 1985, p. 3944 n° 70739 ; Rép. Vade pied, AN 2 décembre 1985, p. 5530 n° 74109).

Les emplois des Fonds sont soumis au respect de cette réglementation.

Activité

Par ailleurs les Administrateurs s'engagent à ce que les frais exposés pour mettre en œuvre et communiquer sur l'objet social du Fonds restent minoritaires par rapport aux financements consacrés à l'action elle-même.

Article 11

Gouvernance du Fonds

En fonction du souhait de ses Fondateurs et de l'origine des patrimoines qui le constituent, le Fonds peut être administré par :

- ses Fondateurs, seuls, en famille ou au sein d'un cercle amical ;
- une instance collégiale, dénommée Comité exécutif, qui associe des Administrateurs personnalités qualifiées extérieures aux Fondateurs ;
- des représentants de la Fondation de France.

Compte tenu de l'origine collective de leur financement, les Fonds financés par une ou plusieurs entreprises ainsi que les Fonds qui font appel à des contributeurs divers doivent obligatoirement constituer un Comité exécutif comportant au moins un tiers de personnalités qualifiées extérieures, afin de garantir la transparence et le professionnalisme de leurs actions.

Sous réserve du respect des présentes Conditions générales, les Administrateurs du Fonds décident :

- de son budget annuel ;
- de sa stratégie d'intervention, c'est-à-dire du type d'actions à soutenir, du choix des bénéficiaires et des montants à leur attribuer ;
- de l'affectation à la dotation, aux réserves ou aux ressources annuelles du Fonds, des libéralités qui sont faites en sa faveur sans charge particulière ;
- le cas échéant de sa stratégie de collecte et de gestion.

Les Administrateurs s'assurent également de la bonne mise en œuvre des projets retenus et examinent les comptes de l'exercice clos.

Si le Fonds est créé par des personnes morales ou par des personnes physiques de leur vivant, son instance de décision, sa composition, et le cas échéant son mode de renouvellement, la fréquence, le quorum et le mode de tenue de ses réunions, sont détaillés dans la Convention.

Si le Fonds est créé par l'actif net d'un legs ou par les sommes résultant d'un contrat d'assurance-vie, son instance de décision, sa composition, et le cas échéant son mode de renouvellement, la fréquence et le quorum de ses réunions, peuvent être détaillés dans le testament ou dans le contrat d'assurance-vie.

En l'absence d'instruction particulière relative à la gouvernance du Fonds ou au remplacement des Administrateurs d'origine empêchés ou décédés, la Fondation de France administre le Fonds en vue de donner un maximum de qualité et d'efficacité à l'action prescrite par les Fondateurs.

S'ils le jugent nécessaire, les Administrateurs du Fonds peuvent se faire assister par :

- des Comités consultatifs ou par tout autre Comité ad hoc, dont ils arrêtent la composition, le fonctionnement et la mission.
- un ou plusieurs permanents auxquels ils peuvent déléguer des pouvoirs d'administration.

Le cas échéant, quelles que soient l'organisation et les attributions de ces mandataires, les Administrateurs demeurent les seuls garants vis-à-vis de la Fondation de France des décisions prises au nom du Fonds.

Lorsque le Fonds est administré par un Comité exécutif, les Administrateurs s'engagent à inviter le Président de la Fondation de France ou son représentant à ses réunions, qui doivent se tenir au moins une fois par an.

Les fonctions d'Administrateur ou de membre de Comité sont exercées à titre bénévole. Toutefois, dans le cadre des missions qu'ils réalisent pour le Fonds, les frais de déplacement, d'hébergement et de restauration des membres bénévoles peuvent être pris en charge par le Fonds, sous trois conditions cumulatives :

- que le montant de ces frais reste raisonnable au regard du budget du Fonds ;
- que les demandes de remboursements soient justifiées par des pièces originales ;
- que, le cas échéant, l'exposition de ces frais soit approuvée par les Administrateurs.

Article 12

Emplois du Fonds

Nature des dépenses

L'activité principale des Fonds sous l'égide de la Fondation de France consistant à financer des projets d'intérêt général, les emplois des Fonds relèvent essentiellement de deux catégories :

- des subventions à des œuvres et organismes d'intérêt général, et des prix et bourses à des personnes physiques ;
- des achats divers nécessaires à la bonne exécution de la mission sociale du Fonds ;

auxquels peuvent exceptionnellement s'ajouter :

- des avances remboursables ;
- des frais de salaires ;
- des loyers, dans le cadre de baux immobiliers.

Conditions d'engagement des dépenses

La Fondation de France acceptera d'engager les dépenses décidées par les Administrateurs du Fonds sous réserve que :

les subventions, prix et bourses soient attribués sans contrepartie non seulement au bénéficiaire du Fonds et de ses Administrateurs, mais également vis-à-vis de tous tiers extérieurs au bénéficiaire ;

les achats soient effectués auprès de fournisseurs qui justifient d'un statut leur permettant de recevoir une rémunération dans le respect de la réglementation sociale et fiscale en vigueur à la date de la prestation.

Par ailleurs, dans la mesure où ils supposent un engagement et un suivi dans le moyen et long terme, le paiement d'avances remboursables, l'embauche de salariés et la signature de baux immobiliers devront faire l'objet d'une demande écrite auprès de la Fondation de France en amont de la réalisation du projet. Ils feront l'objet d'un examen au cas par cas, en fonction de la solidité financière et de la longévité du Fonds concerné.

Sous réserve du droit de veto du Président de la Fondation de France pour l'un des motifs décrits à l'article 13, les dépenses du Fonds sont engagées par la Fondation de France à la demande des Administrateurs, à la condition :

que les actifs du Fonds permettent de les couvrir ;

que les instructions lui soient transmises sous forme écrite par un représentant du Fonds dûment habilité par ses Administrateurs ;

qu'elles soient accompagnées des documents permettant de vérifier l'existence et la qualité des bénéficiaires – notamment au regard des dispositions de l'article 10 –, le motif de la transaction, et d'effectuer les versements :

pour les prestations : coordonnées et statut juridiques du prestataire, date de la commande ou de la facture, montant et description de la prestation commandée ou fournie, relevé d'identité bancaire ;

pour les subventions et éventuellement les prêts à une personne morale : statuts, liste des membres du CA, derniers rapport et comptes annuels, coordonnées et relevé d'identité bancaire de l'organisme, le cas échéant motif et descriptif précis du projet soutenu, montant alloué et, éventuellement, échéancier de versement détaillant les tranches et conditions ;

pour les prix et bourses et, éventuellement les prêts à une personne physique : nom, prénom et coordonnées et relevé d'identité bancaire du bénéficiaire, motif de la libéralité, montant alloué et, éventuellement, échéancier de versement détaillant les tranches et conditions.

Article 13

Responsabilité juridique de la Fondation de France

Les Administrateurs prennent acte de ce que le Fonds créé sous l'égide de la Fondation de France n'a pas de personnalité morale propre et donc du fait que la Fondation de France assume la responsabilité juridique des actes accomplis pour le compte du Fonds.

Droit de veto

En conséquence, les Administrateurs reconnaissant que la Fondation de France, notamment représentée par son Président, dispose d'un droit de regard et d'un droit de veto sur tout engagement, décision ou activité, de quelque nature que ce soit, pris ou menée au nom du Fonds, dans le cadre d'un contrôle de conformité.

Elle est fondée à exercer ce droit pour faire respecter l'Accord, les dispositifs légaux et réglementaires et la déontologie qu'elle garantit à ses donateurs, notamment à travers son adhésion au Comité de la Charte du don en confiance.

Afin de garantir la responsabilité juridique qui lui incombe, et dans le cadre du respect des dispositions de l'Accord, la Fondation de France est libre de refuser une affectation proposée par les Administrateurs du Fonds, sous réserve de les avertir. Le Président de la Fondation de France est tenu de motiver sa décision par écrit et de la signifier aux Administrateurs dans un délai de quinze (15) jours après réception de la décision considérée.

Contrats et engagements

Les Administrateurs s'engagent à informer la Fondation de France de tout projet d'engagement ou de contrat devant être signé au nom du Fonds de façon à permettre à la Fondation de France, seule habilitée à signer des contrats ou engagements au nom du Fonds, d'exercer son contrôle préalable.

En conséquence, les Administrateurs reconnaissant que, dans l'hypothèse où un contrat ou un engagement serait conclu par le Fonds sans revue ou signature par un représentant de la Fondation de France, cet acte n'aurait aucune valeur juridique vis-à-vis de la Fondation de France, et engagerait la responsabilité personnelle de leurs signataires envers la Fondation de France.

Obligation d'information

Les Administrateurs s'engagent à communiquer à la Fondation de France des informations justes et sincères et à lui adresser tous les éléments nécessaires à la fourniture d'une Prestation adaptée. Ils s'engagent notamment à l'informer des actions et projets menés par le Fonds, ainsi que des décisions prises par celui-ci, de façon à permettre à la Fondation de France d'exercer sa mission de contrôle de conformité. Ils s'engagent à informer la Fondation de France de tout changement concernant les données fournies et seront seuls responsables des dommages éventuels qui pourraient résulter d'informations erronées ou incomplètes.

Article 14

Prestation : contenu et garanties de la Fondation de France

14.1. Contenu

La Prestation fournie par la Fondation de France comprend deux types de services :

Les diligences « standard », qui recouvrent :

- les opérations liées à la réception et au traitement des ressources, et le cas échéant, l'émission des justificatifs fiscaux aux donateurs ;
- la tenue, l'édition, l'envoi d'une comptabilité individualisée détaillée ;
- la gestion financière des dotations et des réserves dans les Fonds profilés collectifs ;
- le suivi/contrôle de l'activité et de la communication du Fonds assuré par un interlocuteur privilégié : suivi de la gouvernance, vérification des bénéficiaires, supervision des outils et opération de communication/collecte ;
- les opérations administratives liées à la redistribution ;
- la veille juridique et fiscale globale sur le mécénat et ses incidences.

Des Prestations complémentaires, fournies à la demande des Administrateurs, qui recouvrent :

- la gestion individualisée de patrimoines de rapport : immeubles, portefeuilles de valeurs mobilières, parts de société, usufruits, droits d'auteur, etc. ;

des services de support particulier : revue ou rédaction de contrats et réalisation d'études juridiques ad hoc, conseils et services de communication, support partiel ou total pour la réalisation de l'objet du Fonds.

14.2. Garanties

Quelles que soient les Prestations fournies, la Fondation de France est tenue d'observer les règles de prudence et de diligence nécessaires à la sauvegarde des intérêts qui lui sont confiés par les Fondateurs aux termes de l'Accord.

14.2.a. Respect des volontés des Fondateurs – modification des conditions particulières de l'Accord

La Fondation de France s'engage à respecter la mission qui lui est confiée, et notamment les charges et la volonté des Fondateurs, sous réserve des dispositions des articles 900-1 et suivant du Code Civil.

Tant que ces Fondateurs sont en vie, les conditions particulières de l'Accord peuvent être modifiées dans le respect des formes contractuelles d'origine, et des dispositions légales et réglementaires en vigueur à la date de modification.

En cas d'empêchement ou de disparition des Fondateurs, les conditions particulières de l'Accord, visées dans les testaments, les contrats d'assurance vie, les donations authentiques et les Conventions ne peuvent plus être modifiées, sauf révision judiciaire.

Si les Administrateurs ne respectent pas les volontés des Fondateurs décédés ou empêchés, ou s'ils en sont eux-mêmes empêchés, la Fondation de France, après l'envoi d'une lettre recommandée avec accusé de réception demeurée sans réponse, se substitue aux Administrateurs et assure le fonctionnement du Fonds conformément à la volonté des Fondateurs.

14.2.b. Information

La Fondation de France s'engage à tenir les Administrateurs informés de l'état d'avancement des Prestations. Lorsqu'elle le justifie, l'exécution des Prestations donne lieu à la rédaction d'un compte-rendu adressé aux Administrateurs.

14.2.c. Gestion financière

La Fondation de France garantit aux Administrateurs une gestion financière rigoureusement encadrée des actifs qui lui sont confiés pour les besoins des Fonds.

14.2.d. Obligation de moyens

La Fondation de France s'engage à mettre en œuvre tous les moyens nécessaires à la bonne exécution des Prestations et notamment à agir dans le respect tant des dispositions légales et réglementaires en vigueur, que de la mission qui lui est confiée par les Fondateurs.

En conséquence, les Prestations accomplies par la Fondation de France ne relèvent pas de la notion juridique d' < obligation de résultat >, mais de la seule < obligation de moyen >.

Article 15

Contributions aux charges de la Fondation de France

Pour couvrir ses charges générées par l'exécution des Prestations, la Fondation de France effectue chaque année sur le budget du Fonds des prélèvements selon des modalités et un barème fixés par son Conseil d'administration. Les modalités et le barème de frais en vigueur à la date de formation de l'Accord sont annexés aux présentes.

Les prélèvements visés ci-dessus ne couvrent pas les frais de mission hors de Paris – déplacement, hébergement, restauration – exposés par les représentants de la Fondation de France pour assurer leur mission de suivi, de contrôle, de gestion et de conseil du Fonds, en accord avec les Administrateurs.

Article 16

Communication

16.1. Communication à l'initiative des Administrateurs

Les Administrateurs s'engagent à respecter les principes suivants dans le cadre de la politique de communication qu'ils mettent en œuvre pour le Fonds et ses actions :

toutes les opérations décidées par les Administrateurs sont faites au nom du Fonds qui dispose à cet effet d'un support matériel portant sa dénomination, avec la mention < sous l'égide de la Fondation de France >, quelle que soit la destination de cette information ;

les entreprises fondatrices s'interdisent, à travers la communication du Fonds, de participer à une quelconque incitation commerciale en leur faveur ou en faveur d'une structure qui leur est apparentée, directement ou indirectement.

Tous les projets de communication du Fonds destinés à une diffusion publique doivent être soumis à l'accord de la Fondation de France, quel qu'en soit l'objectif. Les projets de collecte de don et d'opération de produits-partage, en particulier, doivent lui être communiqués très en amont de leur réalisation afin que le respect de la réglementation juridique et fiscale puisse être vérifié.

16.2. Obligations liées à la création et à l'utilisation d'outils de communication

La création et l'utilisation de différents supports de communication impliquent le respect de dispositions légales et réglementaires ainsi que l'accomplissement de démarches administratives décrites dans les paragraphes suivants :

16.2.a. Création et gestion de fichiers comportant des informations nominatives

Formalités auprès de la Cnil

La création et la gestion de fichiers comportant des données nominatives, c'est-à-dire des données personnelles ou individuelles qui permettent l'identification d'une personne de manière directe ou indirecte, relèvent de la Loi informatique et libertés relative à la collecte de données nominatives du 6 janvier 1978.

Au regard de cette loi, tout fichier de cette nature doit faire l'objet d'une déclaration auprès de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (Cnil).

En conséquence, les Administrateurs s'engagent à respecter les dispositions de cette loi et notamment à soumettre les imprimés relatifs à cette déclaration dûment remplis à la Fondation de France, qui les signera et les transmettra à cet organisme.

Droit d'accès des tiers

La Fondation de France, conjointement avec les Administrateurs, répondra à toute demande de tiers qui exercerait son droit d'accès conformément à l'article 34 de la loi mentionnée ci-dessus.

Communication des fichiers

Les Administrateurs s'engagent à ne pas louer, vendre ou échanger tout ou partie d'un fichier.

16.2.b. Publications et multimédia (documents audiovisuels, site Internet, etc.)

S'ils réalisent des publications ou des documents multimédia destinés à la diffusion dans le public, les Administrateurs s'engagent à effectuer toutes les formalités légales et administratives nécessaires.

Respect des dispositions relatives au droit d'auteur

Les Administrateurs s'engagent à acquérir à titre gracieux ou onéreux l'ensemble des droits permettant d'exploiter les œuvres contenues dans le support de communication, quel qu'il soit : publications, vidéos, sites Internet, etc.

Les Administrateurs déclarent en conséquence disposer des droits patrimoniaux et mettre tout en œuvre afin de respecter le droit moral de l'auteur, sur les œuvres utilisées dans les supports de communication. En particulier, en ce qui concerne Internet, les Administrateurs déclarent disposer des droits tant en vue d'intégrer les œuvres dans un site que de permettre leur exploitation sur le réseau.

Dépôt légal

Les Administrateurs effectueront le dépôt légal prescrit par la loi du 20 juin 1992 ainsi que les dépôts administratif et judiciaire préalables à la diffusion auprès du public de chaque publication ou document multimédia.

Loi sur la presse

Dans l'hypothèse où il existe une revue/journal du Fonds, les Administrateurs s'engagent à respecter la loi sur la presse du 29 juillet 1881 et à accomplir toutes les formalités légales et administratives nécessaires. Préalablement, les Administrateurs devront s'assurer que le titre retenu pour la publication n'est pas déjà enregistré à titre de marque.

Par ailleurs, en qualité de directeurs de la publication, les Administrateurs effectueront avant la publication du périodique une déclaration dite « de dépôt du titre » auprès du Procureur de la République dans le ressort duquel sera imprimé le journal.

16.2.c. Dépôt du nom du Fonds à titre de marque

Si les Administrateurs souhaitent effectuer un dépôt de marque, ils s'adresseront directement à la Fondation de France qui procédera à l'accomplissement de ce dépôt. Les documents de dépôt seront signés par la Fondation de France. L'ensemble des frais afférents à ce dépôt, y compris les frais de recherche d'antériorité et, le cas échéant les frais liés à la défense de la marque, sont à la charge du Fonds.

Dans l'hypothèse où le Fonds porte le nom de l'entreprise fondatrice, la marque est déposée par cette entreprise qui accorde ensuite une licence gratuite d'utilisation à la Fondation de France pour le compte du Fonds.

16.3. Communication par la Fondation de France

Les Administrateurs autorisent la Fondation de France à faire état de l'existence, de l'objet et du budget du Fonds dans l'ensemble de sa communication.

Article 17

Durée de la prestation – Résiliation

17.1. Durée de la prestation

La Prestation perdure tant que le Fonds détient des actifs ou reçoit des ressources régulières. Cependant, à mesure qu'il est doté de moyens dans les conditions décrites à l'article 7-1 et en sus de sa contribution aux charges communes de la Fondation de France, le Fonds doit faire au moins une affectation par an pour être maintenu.

17.2. Clôture à l'épuisement des actifs – Reddition de comptes

Les Fonds sont clôturés à l'épuisement de leurs actifs. Après avoir effectué toutes les opérations nécessaires à la clôture d'un Fonds, la Fondation de France fournit, le cas échéant, à ses Administrateurs une reddition des comptes justifiant ses diligences.

17.3. Résiliation du fait des Fondateurs ou de leurs représentants

17.3.a. Transfert de l'objet et des actifs du Fonds à une autre fondation ou à un Fonds de dotation

Quelle que soit la durée du Fonds prévue, les Fondateurs peuvent décider de transférer l'objet et, le cas échéant, les actifs et les engagements du Fonds à :

une autre fondation, sous réserve du respect des termes de l'Accord, et de la réglementation en vigueur à la date de l'opération ;

un Fonds de dotation, sous réserve que les actifs transférés ne soient pas soumis à une potentielle réduction des libéralités ayant constitué ou abondé le Fonds concerné, qu'ils soient inférieurs à 1 000 000 € (un million d'euros), et sous réserve du respect des termes de l'Accord et de la réglementation en vigueur à la date de l'opération.

Les Fondateurs peuvent également prévoir qu'après leur décès, leur disparition, ou s'ils sont empêchés, les Administrateurs auront la faculté de décider un tel transfert, mais cette demande ne sera recevable et acceptée par la Fondation de France que si elle est expressément prévue dans l'Accord.

Les Administrateurs qui décident de solliciter la création d'une autre fondation ou d'un Fonds de dotation pour prendre le relais des actions du Fonds s'engagent à prévenir la Fondation de France et à recueillir en amont du projet son accord exprès sur les conditions et modalités de réalisation de ce transfert.

Si le Fonds détient des actifs dont le transfert est indispensable à la création de la future fondation, la Fondation de France est nécessairement signataire du dossier de demande de création de cette fondation, et initiera donc les démarches nécessaires auprès des autorités compétentes en concertation avec les Administrateurs.

S'il est au contraire prévu de doter la future fondation ou le futur Fonds de dotation destiné à prendre le relais des actions du Fonds avec des actifs apportés par des tiers, sans qu'il soit besoin de mobiliser d'éventuels actifs détenus par le Fonds, la Fondation de France ne sera pas partie au dossier de création de la nouvelle fondation ou du nouveau Fonds de dotation.

Lorsqu'une nouvelle fondation est créée, le Fonds est dissout et, le cas échéant, son patrimoine est transféré par la Fondation de France à la nouvelle fondation, sous condition que cette dernière :

reprenne pour son compte l'ensemble des engagements passés, et

donne à la Fondation de France acte de sa gestion en la garantissant contre tous recours ;

garantisse financièrement la Fondation de France contre toute action visant la réduction des libéralités perçues pour le compte du Fonds.

Les transferts sont constatés par acte et la Fondation de France fournit à la nouvelle fondation une reddition des comptes.

Dans le cas d'une transmission à un Fonds de dotation, le patrimoine du Fonds est transféré par la Fondation de France au nouveau Fonds de dotation, sous condition que ce dernier :

reprenne pour son compte l'ensemble des engagements passés, et

donne à la Fondation de France acte de sa gestion en la garantissant contre tous recours.

Les transferts sont constatés par acte et la Fondation de France fournit au nouveau Fonds de dotation une reddition des comptes.

Pendant la période transitoire, la Fondation de France assure, en accord avec les Administrateurs, l'exécution de l'achèvement des Prestations pour lesquelles elle a été mandatée. Elle règle notamment, en accord avec les Administrateurs et, le cas échéant, avec la fondation ou le Fonds de dotation bénéficiaire du transfert des actifs du Fonds, les questions relatives à la conservation des documents, pièces et archives liées à l'activité du Fonds.

17.3.b. Clôture anticipée du Fonds à défaut d'exécution de l'Accord

En cas d'inexécution partielle ou totale par la Fondation de France des obligations ou engagements mis à sa charge aux termes de l'Accord, et à défaut qu'elle y ait remédié dans les deux mois suivant la date de réception d'une lettre de mise en demeure, les Administrateurs pourront anticiper la clôture du Fonds et

résilier de plein droit l'Accord par lettre recommandée avec accusé de réception, qu'ils aient ou non rempli la totalité de leurs engagements financiers. Le cas échéant, la Fondation de France répartira les actifs détenus par le Fonds à la date de résiliation selon les instructions des Administrateurs, sous réserve que les affectations soient conformes à l'Accord, puis procédera à la clôture du Fonds.

17.4. Résiliation du fait de la Fondation de France

La Fondation de France peut décider de mettre fin à sa Prestation et de procéder à la clôture du compte du Fonds :

en cas de force majeure la mettant dans l'incapacité d'exécuter les charges qui lui incombent aux termes de l'Accord ;

si les Administrateurs ne respectent pas les obligations qui leur sont imparties aux termes de l'Accord.

Elle procédera à la fermeture du compte 2 mois après en avoir avisé les Administrateurs par lettre recommandée avec accusé de réception.

Si leurs manquements sont à l'origine de la rupture, les Fondateurs devront s'acquitter de l'intégralité de leurs engagements financiers avant que le Fonds soit clôturé.

Si le Fonds est clôturé sans qu'une autre structure ait été préalablement créée dans l'objectif de prendre le relais de son action, la Fondation de France distribuera, le cas échéant, le solde net de ses actifs à des fondations ou associations dont les actions sont conformes à l'objet du Fonds tel que défini dans l'Accord.

Article 18

Notifications

Les Administrateurs et la Fondation de France se transmettent les informations prévues au titre de l'Accord selon le procédé écrit de leur choix, tel que : par courrier, télécopie ou messagerie électronique,...

Par ailleurs, toute décision des Administrateurs de dessaisir la Fondation de France de sa mission doit, à peine d'inopposabilité, être formalisée par lettre recommandée avec accusé de réception.

Article 19

Loi applicable – Attribution de compétence

Les présentes Conditions générales et l'ensemble de l'Accord sont soumis au droit français.

Les Administrateurs et la Fondation de France s'efforcent de chercher une solution amiable à tout différend qui pourrait surgir de la formation, de l'interprétation ou de l'exécution de l'Accord.

A défaut, le litige est soumis à la compétence exclusive du Tribunal de Grande Instance civile-ment compétent, nonobstant pluralité de défendeurs ou appel en garantie.

En tout état de cause, aucune action, quels qu'en soient la nature, le fondement ou les modalités, née de l'Accord ne peut être intentée par les Administrateurs ou la Fondation de France plus de deux ans après la date de l'événement qui lui donne naissance.

Index alphabétique

Les numéros renvoient aux numéros des paragraphes.

- A -

Abus de droit fiscal : 121., 197.

Acceptation des libéralités : 271. et s.

Affectation :

- implicite : 175., 176.
- libéralités à caractère collectif (essence) : 167. et s.
- objet de l'affectation : 168. et s.
- obligation (d') : 181. et s.

Affiliation : 153., 219., 393.

Agrément :

- privé : 153., 255., 307.
- public : 255.

Appellation fondation : 83., 100., 104.

Appel à la générosité du public/appel public à la générosité :

- affectation : 176., 183.
- mécanisme : 112. et s.
- obligations comptables : 300., 303. et s.
- restrictions de capacité : 248., 275.

Apport aux associations :

- affectation : 173.
- caractéristiques : 130. et s.
- contreparties (absence de) : 134. et s.
- nature :
 - affectation spéciale (rejet) : 132.
 - fiducie (rejet) : 213. et s.
 - libéralité (admission) : 142.
- reprise :
 - compatibilité avec l'irrévocabilité spéciale des donations : 137. et s.
 - qualification : 449.
 - technique : 131.

Associations culturelle et diocésaine : 190., 249., 285., 292.

Association d'intérêt général : 173., 190., 254., 285., 292.

Association de bienfaisance : 254., 447.

Association de droit local (Alsace-Moselle) : 261., 273.

Association reconnue d'utilité publique : 173., 252. et s., 273., 285., 357.

Association simplement déclarée : 133., 130., 245., 274, 254. et s.

Association transparente : 49.

Assurance-vie :

- capacité d'exercice : 274.
- présentation : 127. et s.
- qualification : 220.
- réduction : 127., 362., 374.

Autorisation de prélèvements : v° *Virements permanents*

Avantage :

- avantage et contrepartie : 31
- avantage fiscal – libéralité avantageuse : 190. et s., 379.
- avantage matériel : 38, 147.
- avantage moral : 40

- B -

Boni de liquidation : v° *Dévolution de l'actif net*

- C -

Caducité :

- disparition de l'objet : 182.
- offre (de l') : 204.
- renonciation au legs : 391., 398.
- renonciation du bénéficiaire final : 375.

Cantonement : 284.

Capacité d'exercice :

- appréhension de la notion : 243.
- philosophie des règles : 294. et s.
- propositions de réforme : 303. et s.
- régimes de droit positif :
 - liberté d'acceptation : 272. et s.
 - régime d'autorisation préalable : 276. et s.
 - régime de déclaration : 285. et s.

Capacité de jouissance :

- appréhension de la notion : 243.
- emprunt de la capacité d'un autre groupement : 187., 255.
- grande capacité juridique : 133., 251. et s., 263. et s.
- groupements étrangers : 265. et s.
- incapacité absolue (absence de personnalité morale) : 100., 262.
- petite capacité juridique :
 - libéralités privées : 128., 133., 187., 245. et s.
 - libéralités publiques : 249. et s.
- philosophie des règles : 294. et s.
- propositions de réforme : 301. et s., 306. et s.
- substitution du légataire incapable : 392. et s., 395. et s.

Carte bancaire de partage : v° *Donations innovantes*

Cause : 28., 36., 135., 149., 438.

Cessions à vil prix : 43., 47., 52.

Charges :

- action en réduction (incidence) : 366.
- admission : 29.
- autonomes : 399. et s.
- cultuelles : 185., 249., 323.
- de fonder : v° *Fondation (acte de) – fondation testamentaire – indirecte*
- délivrer un legs net de frais et droits (de) : 198.
- intérêt collectif (d') – affectation (d') : 181. et s., 408.
- intérêt particulier (d') : 185. et s., 257., 324.
- gratuité (incidence sur) : 30., 99., 185. et s.
- irrégulières (impossibles, illicites, immorales) :
 - nullité : 36., 320.
 - sauvetage de la libéralité : 321. et s., 394., 423.
- legs particulier (distinction) : 186.
- révision : v° *Révision des charges*
- révocation : v° *Révocation des charges*
- Clause d'inaliénabilité : v° Inaliénabilité**
- Collecte : v° Appel à la générosité du public ; quêtes publiques**
- Comités d'entreprise : 152., 260., 272.**
- Compte d'association : 153., 187., 190., 219., 254.**
- Congrégations : 249., 286., 451.**
- Conjoint survivant : 358.**
- Contrat de bienfaisance : 26.**
- Contrepartie :**
 - apport (absence de) : 134. et s.
 - définition : v° *Avantage*
 - droit public (contreparties suffisantes) : 47., 50., 52., 151.
 - libéralité (compatibilité) : 26. et s.
 - parrainage (absence de) : 147. et s., 179.
 - rémunération :
 - fiducie : 227.
 - fondation abritée : 307.
 - renonciation anticipée à l'action en réduction (absence de) : 378.
- Contrôles :**
 - autorité administrative : v° *Tutelle*
 - Cour des comptes : 113. et s., 300., 440.
- Cotisation : 135.**
- Cour des comptes : v° Contrôles**
- Crowdfunding : v° Financement participatif**

- D -

Définition : 2.

- Destination des biens : v° Affectation**
- Dévolution de l'actif net : 154., 131. 462.**
- Donations innovantes : 125., 179., 373.**
- Dons des établissements d'utilité publique : 153., 219., 327., 393.**
- Don en ligne : v° Don manuel**
- Don manuel :**

- capacité de recevoir :
 - droit positif : 245., 275., 296.
 - proposition : 304.
- don en ligne : 118.
- don par SMS : 118.
- don par virements automatiques : v° *Virements automatiques*
- généralités : 117. et s., 335.
- réduction : 372. et s.
- Don sur salaire : v° Donations innovantes**
- Donation déguisée : 129., 336., 372. et s.**
- Donation indirecte :**
 - difficultés propres à l'absence de formalisme : 342. et s.
 - illustrations :
 - diversité : 117., 128., 208.
 - engagement unilatéral de volonté : 67., 152., 208.
 - généralités : 337.
 - réduction : 372. et s.
- Donation ostensible sous seing-privé :**
 - nullité (principe) : 331., 343. et s.
 - reconnaissance (de fait) : 53., 340.
- Donation temporaire d'usufruit :**
 - étude : 120. et s.
 - conséquences fiscales : 196.
- Dotation : v° Fondation**
- Droit de jouissance spéciale : 132.**
- Droits de mutation : v° Fiscalité**

- E -

- Engagement pluriannuel : v° Fondations d'entreprise**
- Engagement unilatéral de volonté :**
 - admission :
 - débats : 57. et s.
 - consécration : 59. et s.
 - donation indirecte (nature) : 67.
 - fondation entre vifs : 205. et s., 342.
 - programme d'action pluriannuel : 209.
 - subventions d'employeur : 152.
- Exécuteur testamentaire : 94., 97., 442., 453.**
- Exécution forcée : 208., 452. et s., 460.**

- F -

Faculté d'élire :

- groupement redistributeur : 226., 454.
- legs ou charge : 214., 388.
- Fédération d'associations : 153., 393.**
- Fiducie (aux fins de libéralité) :**
 - admission (principe) : 69.
 - apport à une association (théorie) :
 - présentation : 213.
 - rejet : 215.

- assurance-vie aux fins de placement : 220.
 - dons des établissements d'utilité publique : 219., 393.
 - fondation testamentaire indirecte : 218., 395.
 - libéralité à caractère collectif (théorie) :
 - présentation : 213.
 - rejet : 215. et s.
 - libéralité à un organisme redistributeur : 225.
 - neutralité fiscale : 196., 218., 225.
 - Obligations :
 - fiduciaire : 226.
 - constituant : 227.
 - réduction :
 - date d'imputation : 368. et s.
 - débiteur : 376. et s.
 - émolument : 368. et s.
 - souscriptions au bénéfice d'un tiers : 222.
 - Financement participatif** : 115., 222., 263.
 - Fiscalité** :
 - droits de mutation :
 - donation posthume : 194.
 - exonération : 198.
 - fiducie-libéralité : 218., 225.
 - qualifications (enjeux) : 127., 133., 154.
 - exonérations fiscales :
 - action en réduction : 379.
 - nature (libéralité – rejet) : 53.
 - obligation comptable : 300.
 - présentation : **190. et s.**, 254., 261.
 - obligations comptables associées : 304.
 - Fondation (acte de)** :
 - affection :
 - essence de la fondation : 81.
 - objet : 169., 170. et s., 184.
 - dotation :
 - présentation : 84., 85.
 - consomptibilité : 89.
 - bénéficiaires : 454.
 - caractère perpétuel : 88., 90.
 - définitions : 80., 81. et s.
 - finalités : 84.
 - fondation entre vifs (nouvel établissement) :
 - engagement unilatéral de volonté : 205. et s.
 - présentation du mécanisme : 91.
 - offre de donation : 92., 203. et s.
 - fondation testamentaire (nouvel établissement) :
 - directe : 94., 96.
 - indirecte : **95.**, 217. et s., 393., 404.
 - histoire : 76.
 - initiative : 74.
 - intérêts poursuivis : 188. et s.
 - qualité :
 - personne morale : 37., 93., 340.
 - recours à une personne morale préexistante : 99., 101.
 - Fondation abritante** : *v° Fondation abritée*
 - Fondation abritée** :
 - acte d'affectation : 103.
 - définition : 100.
 - fondation abritante : 100.
 - nature :
 - apparence d'un groupement de biens : 103. et s.
 - libéralité avec charge : 101., 102.
 - personnalité juridique :
 - droit positif (absence) : 100.
 - droit prospectif (reconnaissance) : 308., 306. et s.
 - régime : 262.
 - Fondation d'entreprise** :
 - acte de dotation (absence) : 86., 207.
 - capacité : 248.
 - constitution : 248., 310.
 - caractère temporaire : 88.
 - programme pluriannuel :
 - affectation : 172.
 - engagement unilatéral de volonté : 63., 209.
 - présentation : 86., 124.
 - tutelle *a posteriori* : 300.
 - Fondation de coopération scientifique** :
v° Fondations spéciales
 - Fondation de flux** : **86.**, 91., 124., 172.
 - Fondation de France** :
 - comptes d'association (pratique) : 153., 192.
 - fondation abritée (pratique) : 100., **103.**, 307.
 - objet :
 - objet social large : 169., 388.
 - rôle fiduciaire : **223.**, 225.
 - rémunération (pratique) : 227.
 - révision des charges (pratique) : 422., 429.
 - Fondation de messe** : 30., 82., 185., 324.
 - Fondation du patrimoine** : **256.**, 272., 315.
 - Fondation familiale** : 82.
 - Fondation hospitalière** : *v° Fondations spéciales*
 - Fondation de droit local (Alsace-Moselle)** : 261., 273.
 - Fondation partenariale** : *v° Fondations spéciales*
 - Fondation-personne morale** :
 - groupement : 83. et s.
 - modifications statutaires : 316.
 - nécessité d'une dotation (non) : 86. et s.
 - Fondation reconnue d'utilité publique** :
 - acte de fondation : 87.
 - capacité : 256., 273.
 - constitution : 257.
 - Fondation sous égide** : *v° Fondation abritée*
 - Fondation transparente** : 93.
-

Fondation universitaire : 100., 105., 306.
Fondations spéciales : 86., 93., 100., 256. et s., 272.
Fonds de dotation :
- acte de dotation : 85., 89.
- capacité : 113. et s., 250., 272.
- constitution : 250., 310.
- rétroactivité de la publicité : 96.
- tutelle *a posteriori* : 300.
Fonds de partage : *v° Dons innovants*
Formalisme :
- forme solennelle (principe) : 331. et s.
- libéralités à caractère collectif (particularités) :
• disposant-personne morale : 340. et s.
• disposant-personne physique : 208., 342. et s.
• donation temporaire d'usufruit : 122., 197.
• offres de concours : 33.
- libéralités non solennelles : 117., **334. et s.**, 372.
- renonciation à l'action en réduction : 377.

- G -

Groupements étrangers :

- capacité :
• exercice : 287.
• jouissance : 265.
- fiscalité : 192., 198.

- H -

Histoire : 5. et s.

- I -

Impôts (ISR, ISF, ISS) : *v° Fiscalité*
Immunité d'exécution (personnes publiques) : 262., 455.

Inaliénabilité :
- clauses (d') : 143., **183. et s.**, 403., 425.
- révision : 411., **412. et s.**, 422.

Inaliénabilité du domaine public : 41.

Inaptitude : *v° Principe de spécialité*

Incapacités :
- disposant : 204.
- bénéficiaire : *v° Capacité*

Indisponibilité : *v° Inaliénabilité*

Inexécution :
- hypothèses : 246, 414., 439.
- sanctions :
• état du droit : 437. et s., *v^{is} Révocation ; exécution forcée ; Responsabilité civile*
• propositions de réforme : 459. et s.

Inexistence : 91., 94., 395. et s.

Institut de France : 100., 223., 259., 262., 277.

Intention libérale :

- applications :

• absence : 153., 217.
• caractérisation : 52., 66., 140. et s., 150., 152.
- notion : 33., **35.**
- personne morale (disposant) : 37.

Intérêt :

- cause : 36.
- intention libérale : 35.
- libéralité (compatibilité) : 34. et s.
- matériel : 148., 189.
- moral : 33., 134., 152., 188.

Intérêt catégoriel : 82., 315.

Intérêt collectif : *v° Charges – intérêt collectif (d')*

Intérêt culturel : 190.

Intérêt général :

- définition : 190.
- illustrations : 46. et s., 81., 253., 254., 257.

Intérêt social (droit des sociétés) : 147., 326.

Intérêt social (intérêt collectif) : 65., 81., 208.

Intermédiaire de transmission : *v° Fiducie*

Interposition de personne : 153., 186.

Interprétation :

- amiable : 389. et s.
- judiciaire :
• charge impossible : 423.
• désignation caduque : 391., 399., 404. et s.
• désignation irrégulière : 95., 392. et s.
• désignation obscure : 386. et s.
• inexécution (proposition) : 462.

- L -

Label :

- reconnaissance : 51., 190., 251., 263.
- « responsabilité » pesant sur l'État : 298., 303., 460.

Legs avec faculté d'élire : *v° Faculté d'élire*

Libéralité (notion) : 25. et s.

Libéralité adressée aux pauvres : 123., 214.

Libéralité avec charge : *v° Charge*

Libéralités modiques : 27., 275., 345.

Livret d'épargne de partage :

v° Donations innovantes

- M -

Mobiles juridiques : 34., 147.

- O -

Obligations comptables : 300., 303., 447., 460.

Obligation naturelle : 61., 65.

Obligation réelle :

- charge autonome :
• présentation : 399.

- rejet : 402. et s.
- contours : 400.

Offres de concours : 33., 274., 339.

Organismes opérateurs et redistributeurs (distinction) : 224.

- P -

Parrainage culturel :

- affectation : 178., 302.
- capacité d'exercice : 274.
- charge de promouvoir l'image du parrain : 149., 185.
- contrepartie (absence de) : 31., 146. et s.
- définition : 144.
- fiscalité : 195., 328.
- formalisme (absence) : 340.
- intérêt poursuivi : 189., 147., 328.
- qualification : 150.
- mécénat (distinction) : *v° Parrainage – affectation*
- parrainage publicitaire (distinction) : 145.

Partis politiques : 246.

Personnalité morale : 100., 244., 263.

Personnes morales de droit public :

- aptitude à disposer à titre gratuit :
 - principe d'interdiction : 41.
 - reconnaissance : 46. et s., 325.
- capacité de recevoir :
 - capacité d'exercice : 272., 278.
 - capacité de jouissance : 259.
- droits de mutation (exonération) : 198.
- fondateur-personne publique : 93., 250., 257.
- insaisissabilité : *v° Immunité d'exécution*
- réserve administrative : 284.
- révision des charges (droit spécial) : 419. et s.
- spécialité :
 - contours : 314. et s.
 - substitution administrative : 321., 323.

Principe de spécialité : *v° Spécialité*

Prix de journée : *v° Prix journalier*

Prix journalier : 50.

Produit financier solidaire : *v° Dons innovants*

Produit-partage : 179.

Programme pluriannuel :

v° Fondations d'entreprise

- Q -

Quêtes publiques : 116.

- R -

Reconnaissance de mission d'utilité publique (associations de droit local) : 261.

Reconnaissance d'utilité publique :

- conditions : 253., 257., 308.

- groupements étrangers : 266. et s.
- rétroactivité de la reconnaissance : 96.

Réduction des libéralités excessives :

- administrative : *v° Réserve administrative*
- avantage fiscal : 379. et s.
- assurance-vie : *v° Assurance-vie*
- débiteur de l'indemnité : 376. et s.
- date d'imputation : 371. et s.
- détermination de l'émolument : 364. et s., 366. et s.
- risques :
 - fondation abritée : 262.
 - généralités : 363.

Renonciations :

- qualification de libéralité : 28., 53. 67., 125.
- réduction : 373.

Renonciation anticipée à l'action en réduction (RAAR) : 378.

Rescrit : 190., 292., 302.

Réserve administrative : 283.

Réserve héréditaire :

- droit international privé : 360. et s.
- opportunité : 357. et s.
- protection : *v° Réduction des libéralités excessives*

Ressources auto-gérées :

Restructurations : 83., 87., 262., 397.

Révision des charges :

- droit antérieur : 409. et s.
- révision administrative :
 - régime légal : 419. et s.
 - régime exorbitant (absence) : 424. et s.
- révision amiable : 426. et s.
- révision judiciaire :
 - régime légal : 316., 412. et s., 441.
 - régime prétorien : 422. et s.

Reprise d'apport : *v° Apport*

Responsabilité civile : 456. et s.

Révocation des charges :

- action en révision (lien avec) : 415., 430., 441.
- propositions : 459. et s.
- révocation administrative : 447. et s.
- révocation judiciaire :
 - conditions : 438. et s.
 - effets : 445. et s.
- reprise en cas de dissolution : 449. et s.

- S -

Saisine :

- droit commun : 94., 404.
- loi du 23 juillet 1987 : 97.

Souscriptions publiques :

- bénéfice d'un tiers : 221. et s.
- capacité d'exercice : 275.
- définition : 112., 115.
- formalisme : 346.
- fondation : 206.

- illustration : 182.
- promesse (de) : 210.
- réduction : 369., 375., 376.

Sociétés :

- aptitude à disposer à titre gratuit : 326.
- capacité de recevoir : 263.

Spécialité (principe de) :

- applications :
 - spécialité du bénéficiaire : 99., 175., 303., **320. et s.**, 403.
 - spécialité du disposant : 37., 48., 147., **325. et s.**
- définition : 314. et s.
- sanction : 317. et s.
- substitution :
 - administrative : 321. et s.
 - judiciaire : 394.
 - volontaire : 323.

- tutelle administrative : 281., 291., 310.

Sponsoring : *v° Parrainage culturel*

Statuts-types : 175., **253.**, **257.**, 308.

Substitution vulgaire : 385., 462.

v^{is} Interprétation ; Principe de spécialité

Subventions d'employeurs :

- affectation (critère de distinction) : 168.
- nature (libéralité) : 152.

Subvention publique :

- affectation : 177.
- capacité de recevoir :
 - admission : 245., 251., 261., 274.
 - refus : 249. et s.
- définition : 48.
- formalisme : **53.**, 340.
- nature (libéralité publique) : **53.**, 152.
- rémunération (différence) : 50.

Syndicats professionnels : 260., 263., 272.

- T -

Trust : 214., 216.

Tutelle administrative :

- désignation de la personne chargée de réaliser une fondation testamentaire directe : 97.
- interprétation : 389., 393.
- révision des charges : 419. et s.
- tutelle *a priori* :
 - actes à titre gratuit : **271. et s.**, 294. et s., 310., 320. et s.
 - actes à titre onéreux : 154., 308., 424.
- tutelle *a posteriori* : 303. et s., 447., 460.

- U -

Usufruit : *v° Donation temporaire d'usufruit*

- V -

Virements permanents :

- don manuel moderne : 118.
- formalisme : 343. et s.

Index de jurisprudence

Les numéros renvoient aux numéros des paragraphes.

Apport aux associations :

- Civ. 1^{re}, 23 janvier 2008, n° 06-16.120, *Bull. civ. I*, n° 19 : **143**.

Association transparente :

- CE, 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence* : **49**.

Assurance-vie :

- Mix., 23 novembre 2004, n° 03-13.673, n° 02-175.07, n° 01-13.592, n° 02-11.352, *Bull. Mix.*, n° 4 : **127**.
- Mix., 21 décembre 2007, n° 06-12.769, *Bull. Mix.*, n° 13 : **127**.

Autonomie du droit public :

- T. confl., 8 février 1873, *Blanco* : **39**.

Clause pénale (clause d'exhérédation) :

- Civ. 1^{re}, 9 octobre 1961, *Bull. civ. I*, n° 442 : **405**.

Droit réel de jouissance spéciale :

- Civ. 3^e, 31 octobre 2012, *Maison de la poésie*, n° 11-16.304, *Bull. civ. III*, n° 159 : **132**.
- Civ. 1^{re}, 28 janvier 2015, n° 14-10.013 : **132**.

Engagement unilatéral de volonté :

- Civ. 1^{re}, 5 mai 1986, n° 84-17.460, *Bull. civ. I*, n° 116 : **67**.
- Ass. plén., 5 mars 2010, n° 08-42.843, n° 08-42844, *Bull. ass. plén.*, n° 1 : **59**.

Fondation :

- Civ. 1^{re}, 15 février 1983, n° 81-15.951, *Bull. civ. I*, n° 61 (définition) : **81**.
- Civ. 1^{re}, 22 juillet 1987, n° 85-13 907, *Bull. civ. I*, n° 258 ; Civ. 1^{re}, 14 mai 1991, n° 90-13.135, *Bull. civ. I*, n° 159, *Fondation M. et M^{me} Dupré* (fondations testamentaires directes et indirectes – droit antérieur) : **404**.
- Civ. 1^{re}, 15 avril 2015, n° 14-10.661 (fondation testamentaire directe ; fondation étrangère) : **269**.

Libéralités publiques :

- CE, 3 novembre 1997, *Commune de Fougerolles*, n° 16.9473 : **43**.

Offres de concours :

- Civ., 14 avril 1863, *D.* 1863, 1, p. 402 ; *S.* 1863, 1, p. 362 : **33**.

Parrainage :

- Civ. 1^{re}, 9 mai 1966, *Bull. civ. I*, n° 272 : **146**.

Révision judiciaire des charges impossible dès l'origine :

- CE, 8 décembre 2000, n° 205.000 : **422**.

Révision amiable :

- CE, 19 février 1990, *Commune d'Éguilles*, n° 73.923 (refus) : **426**.
- Civ. 1^{re}, 5 janvier 1978, *D.* 1978, IR, p. 468, obs. D. MARTIN (transaction) : **428**.
- Civ. 1^{re}, 1^{er} juillet 2003, n° 00-13.474, *Inédit* (admission) : **429**.

Révocation :

- Civ. 1^{re}, 17 décembre 1980, n° 79-13.420, *Bull. civ. I*, n° 336 : **459**.

Substitution administrative (principe de spécialité) :

- CE, 23 janvier 1970, n° 76.570 : **322**.

Tutelle administrative :

- CE, 17 juin 2015, n° 369.022 (actes à titre gratuit) : **305**.
- CE, 11 mai 1994, *Fondation du Bocage c/ Préfet de Savoie*, n° 119.635 (actes à titre onéreux) : **424**.

Table des matières

| | |
|--|-----------|
| <i>Introduction</i> | <i>1</i> |
| Première partie – La notion de libéralité à caractère collectif | 23 |
| Titre Liminaire. Réflexions sur la notion de libéralité | 27 |
| Chapitre I. L'existence de libéralités intéressées..... | 29 |
| Section I. La présence d'une contrepartie..... | 31 |
| §1. La compatibilité de l'existence d'une contrepartie avec l'élément matériel..... | 31 |
| §2. Les conséquences de l'existence d'une contrepartie..... | 36 |
| A. La stipulation d'une charge..... | 37 |
| B. La recherche d'un avantage..... | 38 |
| 1. L'avantage matériel..... | 38 |
| 2. L'avantage moral..... | 40 |
| Section II. La recherche d'intérêts | 42 |
| §1. La compatibilité de la recherche d'intérêts avec l'élément moral..... | 43 |
| §2. Les conséquences de la recherche d'intérêts..... | 44 |
| A. La redéfinition de la cause | 45 |
| B. L'extension de la qualité de disposant aux personnes morales..... | 47 |
| Chapitre II. L'existence de libéralités publiques..... | 51 |
| Section I. Approche dogmatique : l'interdiction..... | 52 |
| §1. L'affirmation de la prohibition..... | 52 |
| A. L'inaliénabilité du domaine public..... | 53 |
| B. L'encadrement de l'aliénabilité du domaine privé..... | 55 |
| §2. Le fondement de la prohibition..... | 57 |
| Section II. Approche empirique : l'autorisation..... | 60 |
| §1. Les manifestations..... | 60 |
| A. Les cessions à vil prix..... | 61 |
| B. Les subventions publiques..... | 62 |
| 1. Un financement dans l'intérêt général..... | 63 |
| 2. Un financement sans contrepartie..... | 65 |
| §2. La reconnaissance..... | 68 |
| Chapitre III. L'existence de techniques libérales originales..... | 73 |
| Section I. La reconnaissance des libéralités par engagement unilatéral de volonté..... | 74 |

| | |
|--|-----------|
| §1. L'engagement unilatéral de volonté, source d'obligations..... | 75 |
| A. Une admission récente..... | 75 |
| 1. La réfutation des objections..... | 75 |
| 2. La consécration..... | 78 |
| a. En droit social..... | 79 |
| b. En droit commun..... | 80 |
| B. Une admission limitée..... | 83 |
| §2. L'engagement unilatéral de volonté, support de libéralités..... | 86 |
| Section II. La reconnaissance limitée des fiducies aux fins de libéralité..... | 90 |
| Titre I. La diversité des libéralités à caractère collectif..... | 95 |
| Chapitre I. La fondation : la création d'une œuvre nouvelle..... | 99 |
| Section I. Clarification de la notion de fondation..... | 101 |
| §1. La fondation, une notion polysémique..... | 101 |
| A. Un acte juridique..... | 102 |
| B. Une personne morale..... | 103 |
| C. Une masse de biens..... | 105 |
| §2. La fondation, une institution complexe..... | 106 |
| A. Des fondations sans dotation..... | 107 |
| B. Des fondations temporaires..... | 109 |
| Section II. Étude des différentes variétés d'actes de fondation..... | 112 |
| §1. La fondation par création d'une personne morale : une œuvre personnifiée..... | 112 |
| A. La fondation entre vifs..... | 112 |
| B. La fondation pour cause de mort..... | 116 |
| 1. L'état du droit sous l'empire du Code civil..... | 116 |
| 2. L'état du droit positif..... | 118 |
| §2. La fondation avec recours à une personne morale préexistante : une œuvre non personnifiée... | 122 |
| §3. La fondation abritée : une catégorie intermédiaire..... | 124 |
| A. Une charge de créer une œuvre non personnifiée..... | 126 |
| B. Une charge de créer un groupement de biens non personnifié..... | 127 |
| 1. Un but conçu par la pratique..... | 127 |
| 2. Un but consacré par le législateur..... | 128 |
| Chapitre II. La libéralité-participation : le soutien à une œuvre préexistante..... | 131 |
| Section I. La qualification libérale non contestée..... | 133 |
| §1. Les libéralités sollicitées..... | 133 |
| A. Des sollicitations variées..... | 134 |
| 1. L'appel à la générosité du public ou souscription publique..... | 134 |
| a. L'appel à la générosité du public traditionnel..... | 135 |
| b. Le financement participatif..... | 138 |
| 2. La quête publique..... | 139 |
| B. Des libéralités uniformes : le recours aux dons manuels..... | 141 |

| | |
|--|------------|
| §2. Les libéralités spontanées..... | 144 |
| A. La donation temporaire d’usufruit..... | 145 |
| B. Les libéralités adressées aux pauvres..... | 150 |
| C. L’engagement sur un programme d’action pluriannuel..... | 151 |
| D. Les donations innovantes..... | 152 |
| Section II. La qualification libérale contestée..... | 153 |
| §1. Les vraies libéralités..... | 154 |
| A. L’assurance-vie aux fins de placement..... | 154 |
| B. Les apports aux associations..... | 158 |
| 1. Présentation..... | 158 |
| a. Une simple faculté..... | 159 |
| b. Une reprise incertaine..... | 160 |
| 2. La réfutation des obstacles à la qualification de libéralité..... | 163 |
| a. Apports et contreparties..... | 164 |
| i. La poursuite de la satisfaction de la réalisation de l’œuvre..... | 164 |
| ii. La stipulation de droits moraux..... | 165 |
| b. Apports et reprise..... | 167 |
| i. Présentation du principe de l’irrévocabilité des donations..... | 168 |
| ii. Application à la reprise d’apport..... | 172 |
| C. Le parrainage culturel..... | 175 |
| 1. Présentation..... | 175 |
| 2. La réfutation des obstacles à la qualification de libéralité..... | 178 |
| a. La recherche de retombées économiques..... | 179 |
| b. L’obligation de promouvoir l’image..... | 181 |
| D. Les subventions..... | 182 |
| §2. Les fausses libéralités..... | 185 |
| A. Les dons des établissements d’utilité publique..... | 185 |
| B. La dévolution de l’actif net du groupement dissous..... | 187 |
| Titre II. Les traits distinctifs des libéralités à caractère collectif..... | 191 |
| Chapitre I. Des caractéristiques communes..... | 193 |
| Section I. Des libéralités affectées..... | 194 |
| §1. Présentation des différentes affectations..... | 195 |
| §2. Illustration des différentes affectations..... | 196 |
| A. Les libéralités doublement affectées..... | 197 |
| 1. Les fondations personnifiées..... | 197 |
| a. La fondation perpétuelle..... | 197 |
| b. La fondation temporaire..... | 198 |
| 2. Les engagements sur un programme d’action pluriannuel..... | 199 |
| B. Les libéralités affectées au fonctionnement..... | 200 |
| C. Les libéralités affectées à la réalisation de l’œuvre..... | 201 |

| | |
|--|-----|
| 1. Les libéralités grevées d'une affectation générale..... | 201 |
| 2. Les libéralités grevées d'une affectation spéciale..... | 202 |
| a. Les libéralités sollicitées..... | 202 |
| b. Le parrainage culturel..... | 204 |
| Section II. Des libéralités intéressées..... | 207 |
| §1. Des libéralités grevées de charges..... | 207 |
| A. Présentation des différentes charges..... | 208 |
| 1. Le caractère automatique des charges d'intérêt collectif..... | 208 |
| a. Dimension rationæ materiæ..... | 209 |
| b. Dimension rationæ temporis..... | 211 |
| 2. Le caractère ponctuel des charges d'intérêt privé..... | 213 |
| a. Les charges stipulées dans l'intérêt du disposant..... | 213 |
| b. Les charges stipulées dans l'intérêt d'un tiers..... | 215 |
| B. Conséquences sur la nature intéressée de la libéralité..... | 216 |
| §2. Des libéralités avantageuses..... | 218 |
| A. Les exonérations fiscales..... | 219 |
| 1. Les libéralités concernées..... | 219 |
| 2. Les économies réalisées..... | 222 |
| B. Les contournements de l'impôt..... | 223 |
| 1. La donation temporaire d'usufruit..... | 224 |
| 2. La charge de délivrer un legs net de frais et droits..... | 226 |
| Chapitre II. Des techniques plurielles..... | 229 |
| Section I. La réception de l'engagement unilatéral de volonté..... | 230 |
| §1. La fondation personnifiée entre vifs..... | 230 |
| A. Les limites de la qualification actuelle..... | 231 |
| B. Le recours à l'engagement unilatéral de volonté..... | 233 |
| §2. L'engagement sur un programme d'action pluriannuel..... | 236 |
| §3. La promesse de souscription..... | 237 |
| Section II. La réception de la fiducie aux fins de libéralités..... | 239 |
| §1. Le rejet d'une qualification unitaire..... | 239 |
| A. Présentation de la théorie..... | 240 |
| B. Critiques de la théorie..... | 243 |
| §2. L'admission d'une qualification duale..... | 245 |
| A. La libéralité par l'entremise d'un tiers..... | 246 |
| 1. La fondation testamentaire indirecte..... | 246 |
| 2. La libéralité intermédiée..... | 248 |
| 3. L'assurance-vie aux fins de placement..... | 249 |
| 4. La souscription au bénéfice d'un tiers..... | 250 |
| B. La libéralité adressée à un organisme redistributeur..... | 251 |
| 1. La distinction entre les groupements opérateurs et redistributeurs..... | 252 |

| | |
|--|------------|
| 2. Les conséquences attachées à la distinction..... | 254 |
| a. Une application distributive des qualifications..... | 254 |
| b. La reconnaissance d'un régime propre aux organismes redistributeurs..... | 255 |
| i. Une faculté d'élire le bénéficiaire final..... | 255 |
| ii. Une présomption d'onérosité..... | 256 |
| Conclusion de la première partie..... | 259 |
| Seconde partie – Le régime des libéralités à caractère collectif..... | 261 |
| Titre I. Les conditions de validité..... | 265 |
| Chapitre I. La capacité de recevoir..... | 267 |
| Section I. Étude des règles de capacité..... | 269 |
| §1. La capacité de jouissance..... | 269 |
| A. La capacité octroyée par la loi..... | 270 |
| 1. La « petite capacité juridique »..... | 270 |
| a. La capacité limitée de recevoir des libéralités privées..... | 271 |
| i. Les associations simplement déclarées..... | 271 |
| ii. Les partis politiques..... | 272 |
| iii. Les groupements s'occupant de personnes vulnérables..... | 272 |
| iv. Les fondations d'entreprise..... | 273 |
| b. Les incapacités de recevoir des libéralités publiques..... | 274 |
| i. Les groupements religieux..... | 274 |
| ii. Les fonds de dotation..... | 276 |
| 2. La « grande capacité juridique »..... | 277 |
| a. Les associations « labellisées »..... | 278 |
| i. Les associations reconnues d'utilité publique..... | 279 |
| ii. Les associations assimilées aux associations reconnues d'utilité publique..... | 281 |
| b. Les fondations..... | 283 |
| i. Les fondations reconnues d'utilité publique..... | 283 |
| ii. Les fondations spéciales..... | 285 |
| c. Les autres groupements..... | 286 |
| B. La capacité refusée par la loi : les fondations abritées..... | 288 |
| C. La capacité dans le silence de la loi..... | 290 |
| 1. Les groupements internes..... | 290 |
| 2. Les groupements étrangers..... | 293 |
| a. La capacité de recevoir des libéralités..... | 293 |
| i. Les groupements n'exerçant pas d'activité en France..... | 293 |
| ii. Les groupements exerçant une activité en France..... | 294 |
| b. La capacité de recevoir une fondation testamentaire indirecte..... | 296 |
| §2. La capacité d'exercice..... | 299 |
| A. La capacité d'exercice reconnue : une acceptation libre..... | 301 |

| | |
|---|-----|
| 1. Les groupements concernés..... | 301 |
| 2. Les actes concernés..... | 303 |
| a. Les libéralités contestées..... | 303 |
| b. Les libéralités modiques et manuelles..... | 304 |
| B. La capacité d'exercice refusée : une acceptation soumise à autorisation..... | 305 |
| 1. Les groupements concernés..... | 305 |
| 2. Les modalités de la procédure d'autorisation préalable..... | 308 |
| 3. Les objectifs de la procédure d'autorisation préalable..... | 310 |
| a. La diversité des objectifs..... | 310 |
| b. L'arbitrage par la réserve administrative..... | 311 |
| C. Les situations intermédiaires : une acceptation libre sous réserve de non-opposition..... | 314 |
| 1. Les groupements concernés..... | 314 |
| 2. Les modalités de la procédure de non-opposition..... | 315 |
| 3. Les objectifs de la procédure de non-opposition..... | 317 |
| Section II. Critiques des règles de capacité..... | 320 |
| §1. Philosophie des règles de capacité..... | 321 |
| A. La méfiance..... | 321 |
| B. La prudence..... | 323 |
| C. La bienveillance..... | 323 |
| 1. La libéralisation des règles..... | 324 |
| 2. La modification des intérêts à protéger..... | 325 |
| §2. Propositions..... | 327 |
| A. Propositions principales..... | 328 |
| 1. L'élargissement de la capacité de jouissance..... | 328 |
| a. L'élargissement à tous les groupements : une réforme maximale..... | 328 |
| b. L'élargissement à certains actes : une réforme minimale..... | 329 |
| 2. Le renforcement de la procédure de non-opposition..... | 330 |
| 3. La reconnaissance de la personnalité juridique aux fondations abritées..... | 332 |
| B. Propositions accessoires..... | 334 |
| 1. L'abandon du rôle quasi-réglementaire du Conseil d'État..... | 334 |
| 2. L'encadrement de la constitution des fondations d'entreprise et des fonds de dotation..... | 336 |
| Chapitre II. La spécialité..... | 339 |
| Section I. Présentation du principe de spécialité..... | 340 |
| §1. Les contours du principe..... | 340 |
| §2. La sanction du principe..... | 342 |
| Section II. Les conséquences du principe..... | 345 |
| §1. La spécialité du bénéficiaire..... | 345 |
| A. La sanction de l'inaptitude..... | 345 |
| B. Le contournement de l'inaptitude..... | 347 |
| 1. La substitution d'une personne apte..... | 347 |

| | |
|---|------------|
| a. La substitution administrative..... | 347 |
| b. La substitution volontaire..... | 349 |
| 2. L'interprétation large de l'objet du bénéficiaire..... | 349 |
| §2. La spécialité du disposant..... | 351 |
| Chapitre III. La forme..... | 355 |
| Section I. La réception du formalisme traditionnel..... | 356 |
| §1. Le principe : des libéralités solennelles..... | 356 |
| A. Un formalisme ad vadilitem..... | 356 |
| B. Un formalisme causé..... | 358 |
| §2. L'exception : des libéralités non solennelles..... | 360 |
| A. Les justifications de l'exclusion du formalisme ad vadilitem..... | 360 |
| B. Les hypothèses de libéralités non solennelles..... | 361 |
| 1. Les dons manuels..... | 361 |
| 2. Les donations déguisées..... | 362 |
| 3. Les donations indirectes..... | 363 |
| Section II. L'adaptation du formalisme traditionnel..... | 364 |
| §1. Les libéralités consenties par les personnes morales..... | 365 |
| §2. Les libéralités consenties par les personnes physiques..... | 366 |
| A. Les actes de fonder entre vifs..... | 366 |
| B. Les dons manuels consécutifs à un avis de prélèvement automatique..... | 368 |
| C. Les souscriptions publiques..... | 370 |
| Titre II. L'exécution..... | 373 |
| Chapitre I. Le respect de la réserve des héritiers..... | 377 |
| Section I. La place de la réserve héréditaire..... | 379 |
| §1. Dans l'ordre interne..... | 379 |
| §2. Dans l'ordre international..... | 383 |
| Section II. Les difficultés attachées à la réserve héréditaire..... | 385 |
| §1. Des difficultés sérieuses..... | 385 |
| A. Le risque d'une action en réduction..... | 385 |
| B. Les incertitudes relatives aux modalités de réduction des libéralités à caractère collectif..... | 387 |
| 1. La détermination de la valeur de la libéralité..... | 388 |
| a. La valeur de la libéralité avec charge..... | 388 |
| i. Le calcul de la valeur brute de la libéralité..... | 388 |
| ii. La déduction des charges et dettes..... | 390 |
| b. La valeur de la fiducie aux fins de libéralité..... | 391 |
| 2. La date d'imputation de la libéralité..... | 393 |
| a. L'imputation des libéralités non solennelles..... | 394 |
| b. L'imputation des fiducies aux fins de libéralité..... | 396 |
| 3. La détermination du débiteur de l'indemnité de réduction..... | 398 |
| §2. Des difficultés relatives..... | 399 |

| | |
|---|-----|
| A. Des règles positives propres à diminuer la menace : la renonciation anticipée à l'action en réduction..... | 400 |
| B. Des règles prospectives propres à diminuer la menace : l'intégration de l'avantage fiscal..... | 401 |
| Chapitre II. L'adaptation des affectations impossibles..... | 405 |
| Section I. L'interprétation des affectations impossibles dès l'origine..... | 406 |
| §1. L'interprétation de la désignation obscure..... | 408 |
| A. L'interprétation judiciaire..... | 408 |
| B. L'interprétation amiable..... | 411 |
| §2. L'interprétation de la désignation irrégulière ou caduque..... | 413 |
| A. La désignation d'un groupement de second rang..... | 414 |
| 1. La substitution d'un bénéficiaire capable..... | 414 |
| 2. La substitution d'un bénéficiaire apte..... | 415 |
| 3. La substitution d'un bénéficiaire existant..... | 416 |
| a. L'interprétation au secours du groupement à créer..... | 416 |
| b. L'interprétation au secours du groupement ayant cessé d'exister..... | 419 |
| B. La désignation d'un successeur..... | 420 |
| 1. Le rejet de l'obligation réelle..... | 421 |
| a. Présentation de la théorie..... | 421 |
| b. Critiques de la théorie..... | 421 |
| i. Les contours de l'obligation propter rem..... | 422 |
| ii. Les insuffisances de l'obligation propter rem..... | 423 |
| 2. L'admission de l'obligation personnelle substituée..... | 426 |
| a. La découverte d'une substitution vulgaire..... | 426 |
| b. La découverte d'une clause pénale..... | 427 |
| Section II. La révision des affectations impossibles du fait d'un changement de circonstances..... | 429 |
| §1. La révision des charges au sein de la loi du 4 juillet 1984..... | 430 |
| A. Le contexte de la loi du 4 juillet 1984..... | 430 |
| B. Les solutions retenues par la loi du 4 juillet 1984..... | 433 |
| 1. La révision de droit commun : les articles 900-2 et suivants du Code civil..... | 433 |
| a. Les conditions d'ouverture de l'action en révision..... | 433 |
| i. Les conditions de fond..... | 433 |
| ii. Les conditions de procédure..... | 437 |
| b. Les effets de l'action en révision..... | 438 |
| 2. La révision de droit spécial : la révision amiable préalable..... | 439 |
| §2. La révision des charges en dehors de la loi du 4 juillet 1984..... | 442 |
| A. La révision juridictionnelle..... | 442 |
| 1. Le régime de révision extraordinaire du juge judiciaire..... | 442 |
| 2. L'absence de pouvoir de révision extraordinaire de l'autorité administrative..... | 445 |
| B. La révision amiable..... | 447 |
| 1. L'argument contre : la ratio legis du régime spécial..... | 447 |

| | |
|---|------------|
| 2. Les arguments favorables..... | 448 |
| a. La jurisprudence judiciaire..... | 449 |
| b. La ratio legis du régime commun..... | 450 |
| Chapitre III. Les sanctions de l'inexécution..... | 453 |
| Section I. La diversité des sanctions..... | 455 |
| §1. La révocation..... | 455 |
| A. Le régime de droit commun : la révocation judiciaire..... | 455 |
| 1. Les conditions..... | 456 |
| a. Une inexécution grave..... | 457 |
| b. Une décision judiciaire..... | 459 |
| i. Le principe..... | 459 |
| ii. Les tempéraments..... | 460 |
| 2. Les effets..... | 462 |
| B. Les régimes spéciaux..... | 463 |
| 1. L'ancienne révocation administrative..... | 463 |
| 2. La reprise en cas de dissolution de certains groupements..... | 465 |
| a. La reprise des apports aux associations..... | 465 |
| b. La reprise des biens donnés et légués à certains organismes religieux..... | 467 |
| §2. L'exécution forcée..... | 469 |
| A. Les contours de l'action..... | 469 |
| B. Les limites de l'action..... | 471 |
| §3. La responsabilité civile..... | 473 |
| Section II. Le renforcement des sanctions..... | 475 |
| §1. Limiter les effets de la révocation..... | 476 |
| §2. Augmenter les titulaires des actions..... | 477 |
| §3. Découvrir une substitution vulgaire..... | 479 |
| Conclusion de la seconde partie..... | 483 |
| Conclusion générale..... | 485 |
| Bibliographie sommaire..... | 491 |
| Annexes..... | 523 |
| Index alphabétique..... | 583 |
| Index de jurisprudence..... | 589 |
| Table des matières..... | 591 |

Résumé :

Les libéralités à caractère collectif

La libéralité à caractère collectif est destinée à la collectivité ou à un groupe de personnes. Elle est au service d'une oeuvre, d'une cause. Profitant à des personnes physiques indéterminées et non individualisées, elle ne peut être réalisée directement. Pour atteindre son but, elle fait intervenir une personne juridique, le plus souvent une personne morale de droit public ou de droit privé à but non lucratif. Par le truchement de la personne morale, la libéralité profite aux bénéficiaires de l'oeuvre du groupement : du cercle de ses membres à un groupe de personnes, voire à la collectivité tout entière. Les mécanismes permettant de réaliser une libéralité à caractère collectif sont divers et pour certains la qualification libérale leur est refusée. Ils peuvent être regroupés en deux catégories selon le rôle joué par le bienfaiteur : une fondation, si l'oeuvre est initiée par lui ; une libéralité-participation, si le bienfaiteur vient soutenir une oeuvre déjà existante. À l'image des mécanismes, les techniques employées sont variées que l'acte repose sur une simple libéralité avec charge ou de façon plus originale sur une fiducie aux fins de libéralité ou un engagement unilatéral de volonté. Malgré cette diversité, des caractères communs transcendent la catégorie des libéralités à caractère collectif : elles sont affectées et intéressées. La notion de libéralité à caractère collectif délimitée, il est alors possible de mettre un peu d'ordre dans les règles qui s'y appliquent. À l'heure actuelle, celles-ci sont tout à la fois éparpillées, lacunaires et inopportunes. Le régime des libéralités à caractère collectif doit donc être repensé en tenant compte de leurs spécificités.

Mots-clés : Gratuité – Libéralité – Dons et legs – Collectivité des bénéficiaires – Personnalité morale – Fondation – Libéralité avec charge – Fiducie aux fins de libéralité – Mécénat – Philanthropie – Parrainage – Subventions – Libéralité privée – Libéralité publique – Intérêt – Intérêt collectif – Intérêt général – Intérêt catégoriel – Affectation – Charges – Révocation – Capacité – Spécialité – Réserve héréditaire – Fiscalité du mécénat.

Abstract :

Liberalities of a collective nature

A liberality of a collective nature is aimed at the community, or at a group of people. It is to benefit a cause. Because it benefits undetermined and not individualized natural persons, this kind of liberality cannot be carried out directly. In order to reach its goal, it includes a juridical person, most often a notfor-profit legal person of public law or private law.

Through the legal person, the liberality benefits the beneficiaries of the grouping's cause: these beneficiaries may be the members of grouping, to another group of people, or even to the whole community. The ways to carry out a liberality of a collective nature are numerous and some of them are denied the designation of "liberality". Two sorts of ways may be distinguished, according to the role played by the benefactor: either a Foundation, if the cause it initiated by the benefactor; or a liberality-participation, if the benefactor contributes to an existing cause. The techniques are varied: the operation may be based on a liberality with a charge, or more originally on a fiducia aimed at a liberality, or on a commitment by unilateral will. In spite of this diversity, liberalities of a collective nature have common features: they are earmarked and for-profit. Once the notion of liberality is mapped out, it becomes possible to sort out the rules that apply to it. Currently, these rules are scattered, insufficient and improper. The rules governing the liberalities of a collective nature must be redesigned by taking into consideration their specific nature.

Keywords: Gratuity – Liberality – Donations and bequests – Community of Beneficiaries – Legal Person – Foundation – Liberality with a Charge – Fiducia aimed at Liberality – Sponsorship – Philanthropy – Mentoring – Subsidies – Private Liberality – Public Liberality – Interest – Collective Interest – General Interest – Category-based interest – Earmarking – Charges – Revocation – Capacity – Specificity – Hereditary Reserve – Tax Law of Sponsorship.